Hans-Hermann Niederlag

JURISTISCHE PERSON ALS PERSÖNLICH HAFTENDER GESELLSCHAFTER EINER KOMMANDITGESELLSCHAFT AUF AKTIEN

1973

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547217_0005

Juristische Person als persönlich haftender Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf Aktien

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte durch den
Fachbereich Rechtswissenschaft
der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Hans-Hermann Niederlag
aus Bielefeld

Münster 1973

Erster Berichterstatter: Prof.Dr. H. Westermann

Zweiter Berichterstatter: Prof.Dr. D. Reinicke

Dekan: Prof.Dr. J. Wessels

Tag der mündlichen Prüfung: 28. Mai 1973

Inhaltsverzeichnis

1. Teil Die Erscheinungsform der KGaA 1

A. Erscheinung der KGaA in Rechtsprechung und Schrifttum 1
I. Abstinenz gegenüber den Rechtsproblemen der KGaA 1
II. Problemstellung 4

B. Geschichtliche Entwicklung der KGaA 7
I. Vorläufer der KG 8
1. Die Grundform der commenda 8
2. Modifikationen 10
II. Vorläufer der AG 11
1. Einzelformen des Mittelalters 11
2. Welthandelskompagnien 14
III. Die ersten KGaAn 15
1. Banque royale 15
2. Discontogesellschaft Berlin 17

C. Gesetzliche Kodifikation der KGaA 18
I. Das 19.Jahrhundert 18
II. Das 20.Jahrhundert 23

D. Verhältnis der KGaA zu AG und KG 25
I. Entwicklungsprozeß 25
II. Charakterisierungsversuche 28

2. Teil Die Struktur der KGaA 30

A. Streitstand zur Person des Komplementärs 30

B. Schachtelprinzip des Gesetzgebers 32
I. Gesetzliche Ausgestaltung der KGaA 32

1. Gegenüberstellung von natürlicher und juristischer Person 33
2. Gleichbehandlung der Rechtspersonen 35
3. Funktionsbereich spezifischer Normen 36
II. Spannungsverhältnis Aktienrecht und Handelsrecht 40
1. Verhältnis von § 278 Abs. 2 und Abs. 3 AktG 41
2. Verhältnis von § 278 Abs. 2 und § 283 AktG 48
a. Beispiel Abhängigkeitsbericht 49
b. Beispiel Auskunftsrecht 51

C. Strukturelemente in der KGaA 54
I. Allgemeine Abgrenzung 54
1. Personengesellschaft und Kapitalgesellschaft 54
2. Personalistische und körperschaftliche Struktur 56
3. Rechtsformzwang im Gesellschaftsrecht 58
II. Bipolarität der Gesellschafter in der KGaA 61

D. Rechtsstellung des Komplementärs in der KGaA 64
I. Einfluß des Komplementärs auf das Schicksal der KGaA 64
1. Gründungsbeteiligung 65
2. Auflösung der Gesellschaft 65
3. Eintritt und Ausschluß 67
4. Kapitaleinlage des Komplementärs 69
a. Kapitalaufbringung 70
b. Entlohnung 72
II. Geschäftsführung der KGaA 74
1. Einzelbefugnis des Komplementärs 74
2. Verlust der Geschäftsführungsmacht 75
3. Kaufmannseigenschaft 78
III. Vertretung der KGaA 79

IV. Rechtsbeziehungen der Komplementäre zu Mitgesellschaftern 82
1. Verhältnis der Komplementäre untereinander 84
2. Verhältnis von Komplementär und Kommanditaktionär 86
a. Aktionärsverband als Organisation 86
b. Organe des Verbandes 88
aa. Funktion der Hauptversammlung 88
bb. Funktion des Aufsichtsrats 89
V. Motivation für § 76 Abs. 3 AktG 90
1. Zweckmäßigkeitsentscheidung 91
2. Divergenz von Vorstand und Komplementär 93

E. Haftungssystem der KGaA 95
I. Formelle Seite der Haftung 95
1. Begriff der persönlichen Haftung 97
2. Inhalt der Haftung 99
a. Erfüllungsart 99
b. Schuldnerstellung 100
II. Materielle Seite der Haftung 101
1. Interesse der Gläubiger 102
2. Interesse der Aktionäre 105
3. Funktionsbeeinträchtigung der Haftung 108
a. Gleichlauf von Herrschaft und Haftung 109
b. Auslesegrundsatz des Wirtschaftsverfassungsrechts 112
c. Unbeschränkte Haftung als technisches Hilfsmittel gegen Vermögensverschiebungen 114

3. Teil Die KGaA als Typus 117

A. Die Lehre von der Typengesetzlichkeit 117

I. Inhalt der Lehre 118
II. Kritik an der Lehre 121
1. Gesetzgeberisches Prinzip 121
a. Einflüsse im Gesellschaftsrecht 121
b. Typenbildung im Gesetzgebungsverfahren 124
2. Postulat der Rechtswissenschaft 126
a. Statik statt Dynamik 126
b. Atypik als Typik 127

B. Rechtspolitische Auswirkungen 129
I. Mißbrauchsverbot im Gesellschaftsrecht 129
II. Interessenlage bei der juristischen Person als Komplementär 133
1. Kapitalausstattung 134
a. Unterkapitalisierung 135
b. Interferenz der Haftungsobjekte 136
2. Rechtsklarheit in der Handlungsstruktur 137
3. Satzungsgestaltung der KGaA 137
a. Regelung der Auflösungsfälle 138
b. Ausschluß von der Verlusttragung 138
c. Gestattung des Selbstkontrahierens 140
III. Einfluß auf das Schicksal der KGaA 141
1. Motive für die Wahl der KGaA 141
2. Motive für die geringe Verbreitung 143
3. Konsolidierung der Gesellschaftsform KGaA 144

Literaturverzeichnis

Anschütz, August - Völderndorff, O.	Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 2.Aufl., 2.Bd., 2.Abt., Erlangen 1885
Balser, Heinrich	Die Aktiengesellschaft, Band I, Baden - Baden 1966
Barz, Carl Hans	Grenzen des Auskunftsrechts des Aktionärs in: Der Betriebsberater 57, 1253 ff
- -	Das Ende der GmbH & Co. KG in: Neue Juristische Wochenschrift 72, 465 ff
Baumbach, Adolf - Duden, Konrad	Handelsgesetzbuch, 20.Auflage, München 1972
Baumbach, Adolf - Hueck, Alfred	Aktiengesetz, 13.Auflage, München 1968
Beitzke, Günter	Konzessionssystem, Normativbestimmungen und freie Körperschaftsbildung in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd.108, S.32 ff
- -	Besprechung von Serick in: Juristenzeitung 56, S.40
Berger, H.F.	Die rechtliche Natur der Kommanditgesellschaft auf Aktien, Inaugural-Dissertation, Greifswald 1912
Biedenkopf, Kurt H., Claussen, Carsten T. u.a.	Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd.1, 3.Lief., Bd.3, 1.Lief., Köln, Berlin, Bonn, München 197o ff
Boesebeck, Ernst	Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, Frankfurt am Main 1938
Böhle - Stamschräder, A.	Konkursordnung, 10.Auflage, München 1971
Boldt, Gerhard	Das Allgemeine Berggesetz, 1. - 3.Auflage, Münster 1948
Brodmann, Erich	Aktienrecht, Berlin und Leipzig 1928

Buchwald, Friedrich - Tiefenbacher, Erhard	Die zweckmäßige Gesellschaftsform nach Handels- und Steuerrecht, 3.Auflage, Heidelberg 1967
Bühler, Ottmar	Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, 3.Auflage, Berlin und Frankfurt a.M. 1956
Büttner, Hermann	Identität und Kontinuität bei der Gründung juristischer Personen, Bielefeld 1967
Cosack, Konrad	Lehrbuch des Handelsrechts, 12.Auflage, Stuttgart 1930
Creizenach, -	Die Inhaberactie der Commanditgesellschaft nach dem französischen Handelsgesetzbuch und vom Standpunkt der Gesetzgebung in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd.2, S.53 ff
Depetri, Eugen	Die Berechtigungen und Verpflichtungen der Kommanditgesellschaft auf Aktien in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd.87, S.114 ff
Deuss, Peter	Das Auskunftsrecht des Aktionärs, München und Berlin 1962
Dilcher, Hermann	Typenfreiheit und inhaltliche Gestaltungsfreiheit bei Verträgen in: Neue Juristische Wochenschrift 1960, S.1040 ff
Dölker, E.	Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Ihre wirtschaftliche Stellung in der Gegenwart und ihre Stellung in der Reform des Aktienrechts, Inaugural-Dissertation, München 1935
Drobning, Ulrich	Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften, Frankfurt/M. - Berlin 1959
Düringer-Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch vom 10.Mai 1897, II.Bd., 2.Hälfte, 3.Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1932
	III.Bd., 3.Teil, Mannheim-Berlin-Leipzig 1935

Ebel, Herbert - Weller, Herbert	Allgemeines Berggesetz, 2.Aufl., Berlin 1963
Ebenroth, Carsten-Thomas	Das Auskunftsrecht des Aktionärs und seine Durchsetzung im Prozeß, Bielefeld 1970
- -	Die Geschäftsführerkontrolle durch den GmbH-Gesellschafter, Bielefeld 1972
Ehrenberg, Victor	Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht, Jena 1880
Elschenbroich, Manfred	Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, Wiesbaden 1959
Enneccerus, Ludwig - Nipperdey, Hans Carl	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, I.Halbbd., 15.Aufl., Tübingen 1959
Entwurf eines Aktiengesetzes mit Begründung	Regierungsentwurf zum Aktiengesetz 1965, Bundestags-Drucksache 3.Wahlperiode, Nr.1915
Fehr, Konrad	Die Struktur der Kommanditaktiengesellschaft (Schweiz. Recht), Bern 1935
Fick, -	Über Begriff und Geschichte der Aktiengesellschaften in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd.5, S.1 ff
Fischer, Robert	Die Grenzen bei der Ausübung gesellschaftlicher Mitgliedsrechte in: Neue Juristische Wochenschrift 54, S.777 ff
- - u.a.	Handelsgesetzbuch, Großkommentar, 3.Auflage, 2.Bd., 1.Halbband, Berlin, New York 1971
Fitting, Karl - Auffahrt, Fritz - Kaiser, Heinz	Betriebsverfassungsgesetz, 10.Auflage, München 1972
Flume, Werner	Gesellschaftsschuld und Haftungsverbindlichkeit des Gesellschafters bei der OHG, in: Festschrift für Alexander Knur, München 1972, S.125 ff

Gail, Winfried	Auswirkungen des Aktiengesetzes von 1965 auf die Kommanditgesellschaft auf Aktien in: Die Wirtschaftsprüfung 1966, S.425 ff
Gadow u.a.	Aktiengesetz, Großkommentar, 1.Auflage Berlin 1939 2.Auflage,2.Bd., Berlin 1965
Gail, Winfried - Latsch, Rudolf	Viertes D-Markbilanzergänzungsgesetz, Frankfurt a.M. 1961
Geiler, Karl	Die wirtschaftsrechtliche Methode im Gesellschaftsrecht, Berlin 1927
Georgakopoulos, Leonidas N.	Die Gründung der Aktiengesellschaft, Hamburg 1959
Gessler, Jörg H.	Aktiengesetz vom 6.September 1965, 3.Aufl., Frankfurt a.M. 1970
Gierke, Julius von	Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8.Aufl., 6.Bd., Berlin 1958
Godin, Reinhard von	Aktienauslosung bei der Kommanditgesellschaft auf Aktien zugunsten der persönlich haftenden Gesellschafter in: Deutsches Recht 1940, S. 1444 ff
Godin - Wilhelmi	Aktiengesetz vom 6.September 1965, 4.Aufl., Bd.I und II, Berlin, New York 1971
Goldschmidt, Friedrich	Die Aktiengesellschaft, München 1927
Goldschmidt, L.	Universalgeschichte des Handelsrechts, 1.Bd., 3.Aufl., Stuttgart 1891
- -	System des Handelsrechts, 4.Aufl., Stuttgart 1892
Grobe, Hans	Zum Rechtsverhältnis des persönlich haftenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft auf Aktien in: Neue Juristische Wochenschrift 1968, S.1709 f

Groschuff, -	Kaufmann und Handlungsgehilfe in: Juristische Wochenschrift 1935, S.252 ff
Grossfeld, Bernhard	Aktiengesellschaft, Unternehmenskonzentration und Kleinaktionär, Tübingen 1968
Großmann - Doerth, H.	Zur Reform der Kommanditgesellschaft. Eine wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtung in: Archiv für civilistische Praxis Bd.147, S.1 ff
Halberstadt, Gerhard - Zander, Ernst	Handbuch des Betriebsverfassungsrechts, 2.Aufl., Köln - Marienburg 1972
Hallstein, Walter	Die Aktienrechte der Gegenwart, Berlin 1931
Hansen, Herbert	Die Aktiengesellschaften im Jahre 1970 in: Die Aktiengesellschaft 1971, S.148 f
Haupt, Günter - Reinhardt, Rudolf	Gesellschaftsrecht, 4.Aufl., Tübingen 1952
Heck, Philipp	Das Problem der Rechtsgewinnung, 2.Aufl., Tübingen 1932
Hefermehl, Wolfgang	Aktiengesellschaft und KGaA, Frankfurt/Main 1960
Heilbrunn, -	Urteilsanmerkung zu OLG Karlsruhe - Bes. v. 14.April 1925 - Z I R P H 12/25 - in: Juristische Wochenschrift 1925, S.2017
Helm, Johann Georg	Fälle und Lösungen nach höchstrichterlichen Entscheidungen, Karlsruhe 1970
Hergenhahn, -	Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, insbesondere ihre Entstehungsgeschichte, rechtliche und wirtschaftliche Natur in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd.42, S.69 ff
Hesselmann, Malte	Handbuch der GmbH & Co KG, 11.Aufl., Köln 1970

Hesselmann, Malte	Urteilsanmerkung in GmbH-Rundschau 1969, S.141 f
Hueck, Alfred	Gedanken zur Reform des Aktienrechts und des GmbH-Rechts, Berlin 1963
- -	Gesellschaftsrecht, 16.Aufl., München 1972
Hundertmark, Dedo	Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Eine steuerlich interessante Unternehmensform in: Der Betriebs-Berater 1968, S.1285 ff
Ihering, Rudolph von	Der Zweck im Recht, Bd.I, Leipzig 1877
Immenga, Ulrich	Die personalistische Kapitalgesellschaft, Bad Homburg v. d. H. 1970
Joens, Axel	Die persönlich haftenden Gesellschafter der Kommanditgesellschaft auf Aktien, Inaugural-Dissertation, Hamburg 1962
Kayser, Paul	Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 18.Juli 1884, Berlin 1884
Kleine-Arndt, H.	Die Entwicklung und Bewährung der Kommanditgesellschaft auf Aktien, Inaugural-Dissertation, Köln 1947
Koenig, Reinhold	Die Stellung der Komplementäre zur Geschäftsführung der Kommanditgesellschaft auf Aktien, Inaugural-Dissertation, Sondershausen 1912
Koller, Arnold	Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Freiburg/ Schweiz 1967
Kropff, Bruno	Aktiengesetz. Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs, Düsseldorf 1965

Kuhn, Ottmar	Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1964
Kummer, Karl	Die Kommanditgesellschaft auf Aktien und das Führerprinzip, Inaugural-Dissertation, Neustadt a. d. Aisch 1937
Laband, Paul	Das Seerecht von Amalfi in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd.7, S.296 ff
Lastig, Gustav	Die Accomendatio und benachbarte Rechtsinstitute, Halle a. d. Saale 1907
Lehmann, Heinrich	Umwandlung von AG in KGaA in: Juristische Wochenschrift 1934, S.2019 ff
- -	Gesellschaftsrecht, 2.Aufl., Berlin und Frankfurt 1959
Lehmann, Heinrich - Dietz, Rolf	Gesellschaftsrecht, 3.Aufl., Berlin und Frankfurt 1970
Lehmann, Karl	Entwurf des revidierten Handelsgesetzbuches in: Archiv für civilistische Praxis Bd.86, S.289 ff
- -	Das Recht der Aktiengesellschaften, Bd. I, Neudruck der Ausgabe Berlin 1898, Darmstadt 1964
Limbach, Jutta	Die beschränkte Haftung in Theorie und Wirklichkeit in: GmbH-Rundschau 1967, S.71 ff
Martin, Hans	Die Kommanditgesellschaft auf Aktien im Lichte der Aktienrechtsreform, Inaugural-Dissertation, Rastatt 1938
Materialien zum	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich und dem Einführungsgesetze, Berlin 1897 (zit. Entwurf)
Menzel, Franz - Kuhn, Georg	Kommentar zur Konkursordnung, 7.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1962

Mertens, Hans-Joachim	Die Einmann-GmbH & Co KG und das Problem der gesellschaftsrechtlichen Grundtypenvermischung in: Neue Juristische Wochenschrift 1966, S.1049 ff
- -	GmbH & Co und Gesellschaftsrechtsdogmatik in: GmbH-Rundschau 1967, S.45 ff
Mestmäcker, Ernst-Joachim	Über das Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft im Aktienrecht in: Juristische Schulung 63, S.417 ff
Miesbach, Hermann-Engelhardt, Dieter	Bergrecht, Berlin 1962
Möhle, Fritz	Die Personengesellschaft - OhG - KG - StG, 2.Aufl., Stuttgart 1957
Möhring, Philipp - Tank, Gerhard u.a.	Handbuch der Aktiengesellschaft Bd.1, Köln - Marienburg 1968 ff
Möhring - Schwartz u.a.	Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung, 2.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M. 1966
Molle, -	Die Lehre von den Aktiengesellschaften und den Commanditgesellschaften auf Aktien, Berlin 1875
Müller - Erzbach, Rudolf	Das Bergrecht Preußens, Stuttgart 1917
- -	Deutsches Handelsrecht, 2. und 3. Aufl., Tübingen 1928
- -	Herrschaft und Haftung. Zugleich eine Richtigstellung in: Leipziger Zeitschrift 1933, S.145 ff
- -	Das Erfassen des Rechts aus den Elementen des Zusammenlebens, veranschaulicht am Gesellschaftsrecht in: Archiv für civilistische Praxis 154, S.299 ff
Nass, Gustav	Person, Persönlichkeit und juristische Person, Berlin 1964

Nitschke, Manfred	Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, Bielefeld 1970
Obermüller, Walter - Werner, Winfried - Winden, Kurt	Aktiengesetz 1965, Stuttgart 1965
Ott, Claus	Typenzwang und Typenfreiheit im Recht der Personengesellschaft, Inaugural-Dissertation, Tübingen 1966
Ott, Jürgen	Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Eine Untersuchung ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und der Motive der Neugründungen, Inaugural-Dissertation, Tübingen 1960
Palandt	Bürgerliches Gesetzbuch, 32.Aufl., München 1973
Paulick, Heinz	Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, Tübingen 1954
Peter, Karl	Neuzeitliche Gesellschaftsverträge und Unternehmensformen, 3.Aufl., Herne/Berlin 1971
Pflug, Hans-Joachim	Der persönlich haftende Gesellschafter in der Kommanditgesellschaft auf Aktien in: NJW 1971, S.345 ff
Raiser, Ludwig	Vertragsfreiheit heute in: Juristenzeitung 1958, S.1 ff
- -	Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben, Bd.I, Karlsruhe 1960 (zit. Vertragsfunktion) S.101 ff
- -	Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht in: summum ius summa iniuria, Tübingen 1963, S.145 ff
Recken, Heinz	Aus dem Gesetzgebungsprogramm des Bundesjustizministeriums in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1969, S.162 f

Reichau, Werner	Ist die Kommanditgesellschaft auf Aktien ein "rechtsfähiger Verein"? Inaugural-Dissertation, Berlin 1902
Renaud, Achilles	Das Recht der Actiengesellschaften, 1.Aufl., Leipzig 1863, 2.Aufl., Leipzig 1875
Ring, Victor - Schachian, Herbert	Die Praxis der Aktiengesellschaft, Berlin 1929
Ritter, Carl	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2.Aufl., München und Berlin 1932
- -	Aktiengesetz, 2.Aufl., Berlin und München 1939
Roesler, Carl F.H.	Die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach römischem Recht in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd.4, 252 ff
Schilling, Wolfgang	Wandlungen des modernen Gesellschaftsrechts in: Juristenzeitung 1953, 489 ff
Schlegelberger, Franz - u.a.	Aktiengesetz vom 30.Januar 1937, 2.Aufl., Berlin 1937
Schlegelberger, Franz - u.a.	Handelsgesetzbuch, 4.Aufl., 1.Bd., Berlin und Frankfurt a.M. 1960
Schneider, Egon	Gesamtschuldverhältnisse im Prozeß in: Monatsschrift für Deutsches Recht 1967, S.353 ff
Schreiber, Otto	Die Kommanditgesellschaft auf Aktien, München 1925
Schwabe, Max	Das Rechtsgebilde als Person, Basel 1911
Seifert, Paul Michael	Bereicherung aus unerlaubter Handlung. Zur Auslegung des § 852 Abs.2 BGB, in: Neue Juristische Wochenschrift 1972, S.1739 ff
Seemann, Rudolf	Beschränkte Haftung als Ursache unsozialer Kapitalverteilung, Dresden 1935
Serick, Rudolf	Rechtsform und Realität juristischer Personen, Berlin/Tübingen 1955

Seume, Helmut	100 Jahre Allgemeines Bergrecht für die Preußischen Staaten, in: Zeitschrift für Bergrecht, Bd.106, 144 ff, Köln-Bonn-Berlin-München 1965
Simon, Jürgen - von Schönfeld, A.-W.	Gesellschaftsformen im Wirtschaftsleben, Flensburg 1960
Simon, Hermann Veit	Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf das Aktienrecht in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd.49, S.1 ff
Spalcke, Karl	Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. Organisationsidee und Interessenlage, Inaugural-Dissertation, Köln 1961
Staab, Edgar	Die Vertretung einer Kommanditgesellschaft durch einen Kommanditisten in: Der Betriebs-Berater 59, S.435 f
Staub	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13.Aufl., 1.Bd. Berlin-Leipzig 1926, 14.Aufl., 2.Bd., Berlin-Leipzig 1933
Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages	5.Legislaturperiode, IV.Session 1884, 3.Bd., Nr.21, Berlin 1884
Stiner, Franz	Firmen als Mitglieder einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, Bern 1933
Teichmann, Arndt	Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, München 1970
Teichmann, Robert - Koehler, Walter	Aktiengesetz, 3.Aufl., Heidelberg 1950
Tielsch, Elfriede	Beschränkte Haftung, Inaugural-Dissertation, Freiburg 1935
Vallenthin, Wilhelm	Das Aktienwesen, Frankfurt/Main 1963
Wenninger, Josef	Personengesellschaften mit körperschaftlichen Strukturelementen, Inaugural-Dissertation, Köln 1969

Westermann, Harm Peter	Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin - Heidelberg - New York 1970 (zit. Vertragsfreiheit)
- -	Typologische Methode. Ungerechtfertigte Bereicherung in: Neue Juristische Wochenschrift 1972, S. 1355 f
- -	Zur "Handelsgesellschaft auf Einlagen" in: Zeitschrift für Rechtspolitik 1972, S.93 ff
Westermann, Harry	Person und Persönlichkeit als Wert im Zivilrecht, Köln und Opladen 1957 (zit. Person)
- -	Berichte über die Vierte Internationale Genossenschaftswissenschaftliche Tagung in Wien 1963 in: Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen 1964, S.305 ff
- -	Handbuch der Personengesellschaften, Gesellschaftsrechtlicher Teil, Köln - Marienburg 1967 ff
Wetter, Peter	Die Kommanditgesellschaft mit beschränkter Haftung (KGmbH) in: Der Betriebs-Berater 1968, S.734 f
Wiedemann, Herbert	Urteilsanmerkung zu BGHZ 51,198 ff in: Juristenzeitung 1969, S.470 ff
Wieland, Karl	Handelsrecht, 1.Bd., München und Leipzig 1921
Winkler, Karl	Die Haftungsverfassung der GmbH & Co (KG) in: Neue Juristische Wochenschrift 1969, S.1009 ff
- -	Die Gründung von Handelsgesellschaften in steuerlicher Sicht in: Neue Juristische Wochenschrift 1969, S.1935 ff

Winkler, Karl	Die Gestaltung von Gesellschaftsverträgen im Wege der Grundtypenvermischung in: Neue Juristische Wochenschrift 1970, S.1065 ff
Wolff, Hans J.	Organschaft und juristische Person, Berlin 1933
Würdinger, Hans	Zur rechtlichen Struktur der Kommanditgesellschaft auf Aktien in: Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1940, S.314 ff
- -	Aktien- und Konzernrecht, 2.Aufl., Karlsruhe 1966
Würdinger - u.a.	Handelsgesetzbuch, 3.Aufl., 1.Bd., Berlin 1967
Zartmann, H.	Mischformen des Gesellschaftsrechts in neuer Betrachtung in: Der Betriebs-Berater 1951, S.736 ff
Zeiß, Friedrich	Das Aktiengesetz 1965, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1966
Zielinski, Gustav	Grundtypenvermischungen und Handelsgesellschaftsrecht, Marburg 1925

Abkürzungsverzeichnis

ABG	Allgemeines Bergrecht für die Preußischen Staaten vom 24.6.1865
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AD HGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (mit Jahrgang)
AG (n)	Aktiengesellschaft (en)
AktG	Aktiengesetz (mit Jahrgang, sofern nicht das geltende gemeint ist)
Anm.	Anmerkung
BB	Der Betriebs-Berater
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DAktG oder Die AktG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DR	Zeitschrift für Deutsches Recht
GenG	Gesetz, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1.5.1889
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.4.1892
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG (n)	Kommanditgesellschaft (en)
KGaA (n)	Kommanditgesellschaft (en) auf Aktien

KO	Konkursordnung vom 10.2.1877
LZ	Leipziger Zeitschrift
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRW	Nordrhein-Westfalen
OhG	Offene Handelsgesellschaft
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RGStr	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
Rnd.	Randnummer
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WP	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
ZAK	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZfG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
zit.	Zitierweise
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

1. Teil: Die Erscheinungsform der KGaA

A. Erscheinung der KGaA in Rechtsprechung und Schrifttum

I. Abstinenz gegenüber den Rechtsproblemen der KGaA

Die KGaA hat bis zur Gegenwart nicht annähernd die Bedeutung der anderen gesetzlichen Gesellschaftsformen erlangt. Sowohl die Doktrin als auch die Rechtspraxis sind der KGaA immer mit einer gewissen Zurückhaltung begegnet. Eine genauere Analyse dieser Gesellschaftsform erfolgt, wenn überhaupt, meist unter wirtschaftswissenschaftlichen Aspekten.[1] Sofern sich rechtswissenschaftliche Schriften mit der KGaA auseinandersetzen, stehen sie unter dem Leitstern eines Plädoyers für [2] oder gegen [3] die Abschaffung dieser Gesellschaftsform.

Es verwundert nicht, daß die Auffassungen über das Beibehalten der im Vergleich zu anderen Gesellschaftsformen relativ unbekannten KGaA weit auseinandergehen, daß von einer Erläuterung der KGaA sogar bewußt abgesehen wird, weil sie 'im Leben der öffentlichen Wirtschaft bedeutungslos sei'[4]. Für die Abschaffung der KGaA wird allgemein ins Feld geführt, die KGaA sei keine eigenständige "Wirtschafts-

---

1) vgl. Dölker, E., KGaA. Ihre wirtschaftliche Stellung in der Gegenwart...; Kleine-Arndt, H., Die Entwicklung und Bewährung der KGaA; Ott, Jürgen, KGaA. Eine Untersuchung ihrer wirtschaftlichen Bedeutung; Spalcke, KGaA. Organisationsidee und Interessenlage.

2) Berger S.18; Lehmann, H., in JW 1934, 2021; Spalcke, S.7 und 110.

3) Elschenbroich S.11, 203, 204, Suche nach dem wirtschaftlichen Bedürfnis der KGaA; Kummer S.7, 8; Martin S.9.

4) so Zeiß, Das Aktiengesetz 1965, S.131.

form", eine gesetzliche Regelung erübrige sich daher [1]. Die KGaA habe nur historischen Wert und ihre Beibehaltung sei juristischer Romantizismus [2].

Andere Autoren stellen demgegenüber heraus, daß die KGaA eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten biete [3], sie eine Gesellschaft mit großer Zukunft sei [4] und aus unserem Wirtschaftsleben nicht mehr weggedacht werden könne [5], zumindest aber die Zurückhaltung ihr gegenüber nicht gerechtfertigt erscheine [6].

Allein die relativ geringe Zahl der vorhandenen KGaAn [7] kann eine Beseitigung dieser Rechtsform nicht legitimieren. Zu Recht fragt Elschenbroich [8], woher das quantitative Maß genommen werden soll, das angibt, wann die Kodifizierung einer Rechtsform angebracht ist oder nicht. Die Häufigkeit der Verwendung einer Gesellschaftsform besagt auch wenig über ihre rechtliche und wirtschaftliche Berechtigung.

Das Faktum der Existenz der KGaA in Rechtspraxis und Wirtschaft sollte Anlaß genug zur Beendigung dieses unergiebigen Streites sein.

---

1) Berger S.16 und 18; Martin S.11; Spalcke S.109, der jede Rechtfertigung der KGaA als mißglückt ansieht.

2) vgl. Berger, Diss. S.16.

3) Barz in Gadow GroßK (2.Aufl.) § 219 Anm.1; Kummer S.8.

4) Schreiber, KGaA, S.1.

5) so Ott, Jürgen, KGaA, S.177.

6) vgl. Möhring-Tank, Handbuch S.270, Rnd. 621.

7) Laut amtl. Statistik bestanden nach Hansen, in Die AktG 1971, S.148 am 31.12.1970 25 KGaAn neben 2279 AGn; Pflug in NJW 71, S.345, Fußnote 2, 24 KGaAn.

8) Elschenbroich, KGaA, S.35.

Der ständige Disput über das rechtliche und wirtschaftliche Bedürfnis der Gesellschaftsform der KGaA, der bei nahezu jeder Novellierung des Gesellschaftsrechts wieder auftaucht [1], versperrt den Weg zu einer sachgemäßen Behandlung und Besprechung dieser Gesellschaftsform. Wer schon um seinen Status als Rechtsperson zu kämpfen hat, dem wird nicht noch ein ausgiebiger Rechtsnachruf gewidmet. Die eigentlichen Rechtsfragen der KGaA haben folglich wenig Beachtung gefunden, ihre zeitweilige Brisanz ist ohne große Resonanz geblieben.

So hat die gesetzliche Ausgestaltung der KGaA im Aktiengesetz von 1965 auch lediglich in dreizehn Vorschriften [2] ihren Niederschlag gefunden. Dabei ist wie auch in früheren gesetzlichen Normierungen keine spezifische Regelung der Frage erfolgt, ob andere als natürliche Einzelpersonen Komplementär einer KGaA sein können.

Abgesehen von der Meinung, nach der ein öffentliches Gemeinwesen mit der Person des Komplementärs vereinbar war [3], bestand im Schrifttum Einigkeit darüber, daß Komplementär einer KGaA nur eine natürliche Person sein konnte, ohne daß dieser Frage allerdings besondere Bedeutung beigemessen wurde. Bereits die geschichtliche Entwicklung der KGaA schien diese Annahme zu rechtfertigen. So gab es bis 1968 zu dieser Frage auch keine Gerichtsentscheidungen.

Erstmals in diesem Jahre tauchte die Frage der Gestalt des Komplementärs der KGaA in der Rechtsprechung auf, als nämlich das Hanseatische Oberlandesgericht in Hamburg durch Beschluß [4] gegen die Entscheidungen des Amtsgerichts und

---

1) vgl. Spalcke, KGaA, S.35, 47.

2) §§ 278 bis 290 AktG.

3) so Fehr, Die Struktur der KGaA, S.68.

4) Beschluß vom 5.Dezember 1968 - 2 W 34/68 - in GmbHR 69, 135 ff = NJW 69, 1030 ff.

Landgerichts Hamburg neben einer natürlichen Person eine Kommanditgesellschaft als persönlich haftenden Gesellschafter einer KGaA zuließ. Diese einsame Entscheidung des OLG Hamburg, die im Wege einer gesetzestechnischen Wortinterpretation [1] zu dem Ergebnis der Nichtanwendbarkeit des § 76 Abs.3 AktG kommt, ist, soweit ihr Beachtung geschenkt worden ist, im Schrifttum überwiegend auf erhebliche Kritik gestoßen. Eine höchstrichterliche Entscheidung zur Frage der Gestalt des Komplementärs der KGaA liegt bislang nicht vor.

II. Problemstellung

Diese Arbeit soll zeigen, daß die Geschichte und die Entwicklung der KGaA zwar einen bestimmten Typ des Komplementärs geprägt haben und diese Typisierung auch Eingang in das Aktiengesetz 1965 gefunden hat, daß damit jedoch nicht andere als natürliche Personen von der Komplementärsstellung ausgeschlossen sind. Quintessenz wird sein, daß eine juristische Person Komplementär der KGaA sein kann, unabhängig davon, ob neben ihr noch eine natürliche Person als persönlich haftender Gesellschafter vorhanden ist.

Kritischer Ansatz bei der Untersuchung dieser Thematik wird nicht allein die Subsumtion einzelner Merkmale und die Exegese einzelner Bestimmungen sein, sondern die Frage der Zulassung juristischer Personen als Komplementär der KGaA wird auch von den Strukturelementen der gesetzlichen Typenordnung und dem Ordnungsgehalt der Gesetzestypen aus angegangen.

Die Zulassung juristischer Personen als Komplementär kann von entscheidender Bedeutung für das weitere Schicksal der

---

1) Kuhn, Strohmanngründung, bezeichnet dies allgemein als unbrauchbare 'Differentialmethode', S.165; in diesem Sinne auch Ott, Claus, S.22.

KGaA sein. Die derzeit geringe Anzahl der KGaAn, die bei einem Grundkapital von ca. 300 Millionen DM [1] ein erhebliches Wirtschaftspotential bilden, spiegelt nicht die Möglichkeiten wider, die diese Unternehmensform der wirtschaftlichen Betätigung bietet. Es ist nicht nur das Haftungssystem dieser Gesellschaftsform, sondern auch das damit eng verbundene Problem der Kontinuität der Gesellschaftsentwicklung, die dieser Gesellschaftsform und ihrer größeren Verbreitung im Wege stehen. Eine Vereinigung von Kapital und Arbeit erlangt besondere Effektivität regelmäßig erst über einen längeren Zeitraum, als er einer natürlichen Person zur Verfügung steht. Damit wird die Regelung der Nachfolge in die Position des Komplementärs zu einer entscheidenden Frage für die Existenz einer Unternehmung in Form der KGaA. Die Lösung dieses Problems ist bei der Zulassung anderer als lediglich natürlicher Personen zum Komplementär der KGaA auf vielerlei Weise möglich. Die Umwandlung der KGaA in eine AG oder eine andere Gesellschaftsform wird dann lediglich zu einer von mehreren Möglichkeiten für die KGaA , nicht aber wie bisher zur einzigen, um der Kontinuitätsprobleme Herr zu werden.

Den juristischen Personen des öffentlichen Rechts soll bei der Zulassung als Komplementär der KGaA im Rahmen dieser Arbeit keine besondere Aufmerksamkeit gewidmet werden. Vom Standpunkt des Gesellschaftsrechts [2] aus bildet die Teilnahme von Körperschaften des öffentlichen Rechts am Wirt-

---

1) vgl. Hansen in Die AktG 71, S.248; für 1968/69 errechnete Pflug in NJW 71, S.349, Fußnote 63, ein Durchschnittskapital von 14,4 Millionen DM; verschiedene KGaAn mit höherem Nominalkapital sind in den folgenden Jahren noch hinzugekommen, z.B. NAK Stoffe KGaA, 17 Mill. DM Grundkapital, vgl. Die AktG 73, S.32.

2) vgl. dazu § 36 HGB.

schaftsverkehr grundsätzlich keine Besonderheit [1]. Eigentümlichkeiten ergeben sich daraus, daß die Zulässigkeit der Teilnahme öffentlicher Körperschaften an der Erwerbswirtschaft zunächst nach öffentlichem Recht zu beurteilen ist und dieses besondere Beschränkungen für eine derartige Betätigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts vorsieht [2]. Die hierbei auftauchende Problematik ist spezifisch öffentlich-rechtlicher Natur und tangiert das Gesellschaftsrecht selbst nicht.

Im übrigen unterliegt die Tätigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts generell derart starker Zweckbindung, daß ein Zusammenschluß mit Privatkapital zwangsläufig zu permanenten Kontroversen führen muß und daher wenig zweckmäßig erscheint [3]. Die öffentliche Hand bedient sich deshalb auch, wenn sie erwerbswirtschaftlich tätig werden will, nicht öffentlich-rechtlicher Formen, sondern sie errichtet vornehmlich Erwerbsunternehmen in den Formen des Privatrechts [4]. Die Teilnahme dieser Unternehmungen an einer KGaA stellt aber keine Besonderheit gegenüber der Beteiligung anderer juristischer Personen des Privatrechts an der KGaA dar.

---

1) vgl. Flechtheim in Düringer-Hachenburg, HGB, § 105 Anm.2.

2) vgl. dazu z.B. § 69 Gemeindeordnung NW und das für das öffentliche Recht in der Doktrin überwiegend anerkannte, im anglo-amerikanischen Rechtsbereich vorherrschende ultra-vires-Prinzip, vgl. Kuhn S.57; Enneccerus-Nipperdey, AT BGB, S.624/625; a.A. BGH in BGHZ 20,119 (126), nicht Teilrechtsfähigkeit, sondern Einschränkung des rechtlichen Wirkungskreises.

3) Das meint auch wohl Elschenbroich, KGaA S.131, wenn er ein Gemeinwesen als Geschäftsführer einer privatwirtschaftlich orientierten KGaA 'nicht für angebracht' hält.

4) meistens AG oder GmbH, vgl. auch Bühler, Steuerrecht, S.241.

B. Geschichtliche Entwicklung der KGaA

Die charakteristischen Merkmale des Urtyps eines Rechtsinstituts pflegen auf die aus ihm im Laufe der Zeit sich entwickelnden Rechtsgestaltungen einen maßgebenden Einfluß auszuüben und dauernd zu behaupten [1]. Eine Gegenwartsanalyse erfordert daher zunächst Einsicht in die geschichtlichen Zusammenhänge.

Das System der Gesellschaftsformen ist historisch gewachsen. Die Schwierigkeit des Aufzeigens der Entwicklung der einzelnen Formen liegt darin, daß ex post unter Beachtung der zeitgenössischen wirtschaftlichen Verhältnisse die für bestimmte Wirtschaftsformen geprägten Begriffe in Relation zu den heutigen Gesellschaftsrechtsformen gebracht werden müssen. Gesellschaftsformen wurden bis ins 19.Jahrhundert hinein nicht in Anwendung von Gesetzen geschaffen [2], sondern sie entstanden in der Rechtspraxis aus der zeitgenössischen Einstellung zu Kapital und unternehmerischer Tätigkeit.

Die heutigen Namen der Gesellschaftsformen sind erst neueren Datums. So wurde die KGaA ausdrücklich erstmals im Code de Commerce im Jahre 1807 erwähnt. Bei einer Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der KGaA bis zu ihrer gesetzlichen Fixierung kann es sich daher nur um eine Untersuchung der Entwicklung zur KGaA handeln, wobei es dieser Gesellschaftsform ähnliche Konstruktionen aufzuzeigen gilt.

Unter grober Simplifizierung läßt sich die heutige KGaA für die Darstellung der geschichtlichen Entwicklung als Zwischenform von KG und AG begreifen.
Mit der KG hat sie den unbeschränkt haftenden, geschäftsführenden Komplementär, mit der AG das in Aktien zerlegte, feststehende Grundkapital gemeinsam [3]. Die KGaA vereinigt

---

1) Lastig, Die accomendatio, Einleitung, S.V.

2) vgl. Koller, S.61; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.65/66.

3) Elschenbroich, S.17.

Merkmale beider Gesellschaftstypen in sich, so daß in der geschichtlichen Entwicklung beide Formen beleuchtet werden müssen.

I. Vorläufer der KG

Nur im fortlaufenden Verkehr sich wirtschaftlich wie geistig unterstützender und fördernder Menschen vollzieht sich die Entwicklung der menschlichen Gesellschaft [1]. So begann die Entstehung von Handelsgesellschaften mit der Entwicklung wirtschaftlicher Beziehungen. Die ersten gesellschaftsrechtlichen Formen entwickelten sich im Seehandel. Da in ihm erstmals die lokale Arbeitsteilung überwunden wurde, war für einen geregelten und erfolgreichen Geschäftsablauf eine gewisse Organisation erforderlich. So entwickelte sich im Seehandel der erste wesentliche Stamm der KGaA [2], die KG.

1. Des öfteren sind die griechischen Steuerpachtungen und die societas publicanorum des römischen Rechts als Vorläufer heute bekannter Gesellschaftsformen bezeichnet worden [3], wobei versucht wurde, je nach der beschränkten oder unbeschränkten Haftung der beteiligten Personen eine Zuordnung zu den heute bekannten Formen vorzunehmen. Derartige Versuche, die AG, KG oder KGaA ihrer Entstehung nach ins Altertum zu verlegen, sind wenig ergiebig und nicht sachgemäß.

Zwar findet sich in den Steuerpachtgesellschaften die Beteiligung eines Kapitalgebers, der sich nicht selbst an der Mitarbeit in der Gesellschaft engagierte. Die Fragen der

---

1) Goldschmidt, L., Universalgeschichte, S.19.

2) teilweise Kommanditaktiengesellschaft, so Fehr, Struktur, S.28; teilweise Aktienkommanditgesellschaft, vgl. RG in RGZ 82,360(362) genannt.

3) vgl. z.B. Orelli bei Fick in ZHR Bd.5, S.22; Reichau, Diss. S.1; Roesler in ZHR Bd.4, S.298.

Organisation und der Haftung sind jedoch unklar und mehrdeutig [1], so daß eine Zuordnung zu den gesetzlich fein differenzierten heutigen Gesellschaftsformen willkürlich erscheint. Außerdem trug bei den Hellenen und Römern der Handel Makel, da sich mit ihm die Vorstellung von der Mühsal des Erwerbs des Lebensunterhaltes verband, die Zeichen für moralische und politische Unfreiheit war [2]. Von derartigem Zeitgeist geprägte Gemeinschaftsformen [3] können nicht den auf allgemeine erwerbswirtschaftliche Betätigung ausgerichteten Handelsgesellschaften gleichgestellt werden [4].

Die commenda wird allgemein als Grundform der KG bezeichnet [5]. Sie hat sich in ihrer frühesten Form, wie aus den Statuten von Florenz und Pisa zu ersehen ist, im 12.Jahrhundert in Italien entwickelt [6]. In der commenda entstand ein durch Zusammenschluß von einem Kapitalgeber und dem Kapitän eines Seeschiffes begründetes Treueverhältnis [7].

---

1) Lehmann, Karl, AG, S.8; Renaud, AG, S.7.

2) Goldschmidt, L., Universalgeschichte, S.56.

3) So schließt die Lex claudia aus dem Jahre 218 v.Chr. den 1.Stand (senatores) von Großreederei und von öffentlichen Licitationen aus, die Sitte verbietet sogar jeglichen Handel im eigenen Namen, vgl. Goldschmidt, L., a.a.O. S.61.

4) im Ergebnis ebenso Gierke, J., Handelsrecht, S.248; Goldschmidt, L., System, S.130; Lastig, a.a.O. S.XIX; Lehmann, Karl, AG, S.17/18; Fick in ZHR 5, S.35; Renaud S.7.

5) vgl. Gierke, J. aaO. S.195; Reichau S.1.

6) vgl. Fick aaO. S.35; Koller S.67 in Form der collegantia.

7) Da der Kapitalgeber nicht jedes Geschäft an fernen Handelsplätzen selbst ausführen konnte, übergab er als commendator die Ware oder das Geld dem Schiffskapitän, commendatar oder tractator, der die Geschäfte auf seiner Reise für ihn abwickelte, vgl. Cosack, Handelsrecht, S.528; Lastig S.159

Kennzeichnend für die commenda ist, daß sie nur für ein Geschäft, für eine Seereise, abgeschlossen wurde, sie immer auf die Beziehungen von zwei Personen beschränkt war und daß der erzielte Geschäftsgewinn geteilt wurde [1].

2. Eine Weiterentwicklung der commenda erfolgte durch die im Seerecht von Amalfi im 14.Jahrhundert [2] erscheinende colonna [3]. Auch sie ist ein dem Seerecht eigentümlicher Kontrakt, den ein Schiffer mit mehreren Kapitalgebern für eine Seereise schloß. Während der Seemann sein Schiff der Substanz nach in die Gesellschaft einbrachte und die Dienste leistete, stellten die übrigen Teilnehmer das für die Geschäftsreise erforderliche Kapital zur Verfügung [4].

Eine Gesellschaft, die nicht nur für eine Seereise eingegangen wurde, entstand in der societas per viam accomanditae [5]. Gegenüber der commenda lag eine Weiterentwicklung darin, daß auch der tätige Commendatar Kapital einschoß und der Zusammenschluß nicht mehr lediglich für ein bestimmtes Geschäft, sondern auf längere Zeit erfolgte.

---

1) Elschenbroich, KGaA, S.18; Reichau S.4; Goldschmidt, Universalgeschichte, S.254.

2) Die Tabula stammt spätestens aus der Mitte des 14.Jahrhunderts, wahrscheinlich ist sie aber älter; vgl. Laband in ZHR Bd.7, S.303; Lastig aaO. S.190.

3) vgl. Art.1 des Seerechts von Amalfi, wo sie auch columna genannt wird; Laband in ZHR 7, S.305.

4) Der Seemann haftete den unbefriedigten Gläubigern, mit denen er Geschäfte getätigt hatte, persönlich, während die Haftung der übrigen Teilnehmer sich auf das von ihnen eingesetzte Kapital beschränkte; Goldschmidt, L., Universalgesohichte, S.270; Elschenbroich S.18/19; Lastig aaO. S.177; Laband in ZHR Bd.7, S.305, Fußnote 8; Reichau S.5.

5) vgl. Lastig aaO. Einl. S.VIII; ungenau Reichau S.5, wenn er von accomanditae allein spricht.

Die 1538 in den genuesischen Stadtstaaten auftauchende implicita [1] war eine unbedeutende Sonderform der commenda mit geringer Verbreitung [2].

Diese Formen des wirtschaftlichen Zusammenschlusses erfuhren im Laufe der Zeit noch weitere Modifikationen und wurden aus dem Seerecht auf andere Geschäftsbereiche transponiert, ohne daß jedoch ihre Grundstruktur verändert wurde. Sie mündeten im Jahre 1673 in der Ordonnance du Commerce [3] in der ersten gesetzlichen Kodifikation der KG.

II. Vorläufer der AG

Demgegenüber wurde die AG erstmals gesetzlich im Code de Commerce von 1807 geregelt. Der späteren gesetzlichen Regelung der AG entspricht ihre später einsetzende Entwicklung. Während der KG ähnliche Formen bereits im Hochmittelalter existierten, sind der AG vergleichbare Gesellschaftsstrukturen frühestens im Spätmittelalter zu beobachten [4]. Dabei handelt es sich nicht wie bei den Vorläufern der KG um in breitem Maße auftretende Gesellschaftsformen, sondern um einzelne Unternehmungen. Größere Verbreitung erlangten der AG ähnliche Formen erst in der Neuzeit.

1. Die Auffassungen, welche Zusammenschlüsse des Mittelalters dem Institut der AG am nächsten kommen, gehen auseinander.

Teilweise werden die 'Aktienmühlen von Toulouse' als AGn angesehen [5]. Sie tauchten zuerst im 12.Jahrhundert in

---

1) auch prestitia genannt; vgl. Laband aaO. S.306.

2) Das die implicita von der commenda unterscheidende Merkmal liegt darin, daß der Implicitarius nicht wie der Commendatar eine Quote vom Reingewinn, sondern eine sog. Provision erhält, vgl. Lastig S.168.

3) vgl. Renaud, AG, S.30.

4) Vallenthin, Das Aktienwesen, S.7; gegen Orelli in Fick aaO. S.22, AG schon im alten Rom, Koller, Grundfragen, S.69.

5) vgl. Fick in ZHR 5, S.40; dazu auch Renaud, AG, S.10.

Toulouse und anderen Orten des südlichen Frankreichs auf [1].

Nach Renaud [2] ist die AG ein Institut des germanischen Rechts, dessen grundlegenden Ideen in den Gewerkschaften des 12. Jahrhunderts wurzeln [3].

Vereinzelt werden die zunächst in Genua im 12. Jahrhundert erscheinenden Pachtgesellschaften, maona oder compera genannt, als Vorläufer der AG angesehen [4]. Diese Vereinigungen wurden von Kapitalgebern ins Leben gerufen, um dem in Finanznot befindlichen Staat die notwendigen Mittel zur Ausrüstung einer Flotte gegen den Feind zu besorgen [5].

Größeren Anklang hat die Auffassung gefunden, der AG ähnliche Gesellschaftsformen seien in zwei italienischen Banken des 15. und 16. Jahrhunderts zu sehen [6]. Die 1407 ins Leben gerufene St.Georgs-Bank in Genua [7] wurde zu dem Zweck geschaffen, die stark verschuldete Stadt Genua [8] wirtschaft-

1) Die Inhaber der Mühlen bildeten Vereine, die durch von den Mitgliedern (partionarii) in Generalversammlungen ernannte Vorsteher (bajuli) und andere Beamte verwaltet wurden; der Verein wurde durch den Austritt der Mitglieder nicht aufgelöst, sie konnten ihre Anteilsrechte (achaux, saches, meules), nach denen der Gewinn verteilt wurde, veräußern; vgl. Renaud S.9/10.

2) Renaud, AG (1.Auflage), S.7/8.

3) In ihnen wurde ein Unternehmen durch gemeinschaftliche Mittel mehrerer zu ihrem Nutzen im Verhältnis ihrer Beteiligung betrieben, ohne daß die einzelnen Mitglieder in die Lage kommen konnten, ihr gesamtes Vermögen einzubüßen und von den Gläubigern unmittelbar in Anspruch genommen zu werden; vgl. Renaud, AG, S.9.

4) Goldschmidt, Universalgeschichte, S.295; dagegen Lehmann, Karl, AG, S.36 und 42.

5) Am bekanntesten ist die Mitte des 14. Jahrhunderts auftauchende maona de Giustiniani, vgl. Lehmann, Karl, AG, S.38; Reichau S.7.

6) Gierke, J., S.248; Lehmann, Karl, AG, S.42; Renaud, AG, S.21; Reichau S.7; andere halten sie für KGaAn, so Elschenbroich S.20; Vallenthin aaO. S.8.

7) eigentlicher Name: comperae regiminis Santi Georgii, Renaud S.21; vgl. auch Lehmann, Karl, AG, S.42; Vallenthin S.8.

8) durch Kriege mit den Arabern und der Stadt Pisa, vgl. die Seeschlachten von Meloria 1284, Porto Pisano 1290, Chioggia 1397, bei Goldschmidt, L., Universalgeschichte S.145, 146.

lich zu sanieren [1]. Der Gesamtbetrag der Forderungen der Staatsgläubiger Genuas wurde der Bank als Kapital übertragen. Eine Rückzahlung der Staatsschulden erfolgte nicht. Dafür wurden der Bank nach Abzug der Verwaltungskosten die Staatseinkünfte überlassen, die auf die Gläubiger im Verhältnis ihrer Kapitalbeteiligung verteilt wurden [2].

Nach dem Vorbild der St.Georgs-Bank wurde 1593 zur Tilgung der Schulden der Stadt Mailand die Ambrosiusbank gegründet [3]. Sie unterschied sich insofern von ihrem Vorgänger, als nicht nur das Vermögen der Bank, sondern auch die Stadt Mailand selbst den Gläubigern haftete [4].

Alle hier aufgezeigten Zusammenschlüsse haben gemeinsam, daß sie in einzelnen Elementen gewisse Ähnlichkeiten mit der AG aufweisen. Ihnen fehlt jedoch weitgehend eine körperschaftliche Organisation, die den Kapitalgebern auch nur annähernd ermöglicht hätte, Einfluß auf die Verwaltung der Gesellschaften zu nehmen, und die ihre Stellung als echte Rechtsstellung erscheinen ließe. Die italienischen Banken, die gleichermaßen Elemente der AG als auch der KGaA in sich vereinen, sind allein Gläubigergemeinschaften, sie verfolgen keine erwerbswirtschaftlichen Ziele [5]. Im übrigen haben diese frühen

---

1) vgl. Lehmann, Karl, AG, S.42.

2) Das Kapital war in eine bestimmte Anzahl gleicher Anteile (loca, luoghi) eingeteilt; die loca warfen zunächst Zinsen, später Dividende ab; die loca wurden auf den Namen der Gläubiger in einem Anteilsbuch eingetragen. Sie waren veräußerlich; vgl. Lehmann, Karl, AG, S.44 und 46; Renaud S.23; die Gläubiger hafteten nur in Form ihrer loca; Lehmann, K., S.48.

3) Banca di S. Ambrogio, vgl. Lehmann, Karl, AG, S.46/47.

4) daher wird sie teilweise als erste KGaA angesehen; Elschenbroich S.20; Lehmann, Karl, S.28; vgl. auch Reichau S.6.

5) vgl. Koller, Grundfragen, S.69.

Erscheinungsformen kapitalistischer Vergesellschaftung für die geschichtliche Entwicklung keine bahnbrechende Bedeutung gehabt. So haben die italienischen Banken in den nächsten 200 Jahren in Europa keine Nachahmung gefunden.

2. Erst im 17.Jahrhundert erschienen Verbandsformen, die eindeutig als der AG ähnlich angesehen werden können [1]. Dies waren die großen Welthandelskompagnien. Trotzdem kannte die Literatur des 18.Jahrhunderts die AG noch nicht als besondere Gesellschaftsform [2].

Die erste der großen Welthandelskompagnien ist die 1602 in Holland [3] ins Leben gerufene Niederländisch-Ostindische Kompagnie, die erst 1795 infolge der französischen Revolution erlosch [4]. Dieser ersten Gründung folgen zahlreiche Nachbildungen in ganz Europa, insgesamt 45 [5].

Die Organisation der Welthandelskompagnien weist Züge der AG auf. Sie hatten einen aus mehreren Direktoren gebildeten Vorstand, der in der Leitung des Unternehmens von Beamten und Agenten unterstützt wurde. Höchstes Organ war die Generalversammlung der Aktionäre, in welcher eine bestimmte Anzahl

---

1) vgl. Berger, S.10; Koller, Grundfragen, S.70; Vallenthin, Das Aktienwesen, S.8.

2) vgl. Lehmann, Karl, S.77.

3) Die zu Beginn des 17.Jahrhunderts anbrechende Zeit des großen niederländischen Einflusses im Welthandel findet ihren Ausdruck darin, daß der Begriff der Aktie dem niederländischen Recht entlehnt ist, Lehmann, Karl, S.53 und 172; darunter fielen ursprünglich nur Namensaktien, Transskriptionen waren in den Gesellschaftsbüchern zu bewirken; Renaud, AG, S.26 und 28.

4) vgl. Renaud aaO. S.25.

5) vgl. dazu die Aufstellung der bedeutendsten bei Fick in ZHR Bd.5, S.43 und Vallenthin, Aktienwesen, S.8; Streit besteht darüber, welche Kompagnie als die erste deutsche AG anzusehen ist; Großfeld, Aktiengesellschaft, S.2 bezeichnet die Brandenburgisch-Afrikanische Kompagnie (1682), Renaud, AG, S.40/41 die Orientalische Handelskompagnie in Wien (1719) als älteste AG.

von Aktien eine Stimme ergab [1]. Die Kompagnien waren dem schrankenlosen Einfluß des Staates ausgesetzt. Vom Beneplacitum des absoluten Herrschers bei der Gründung bis zur Auflösung oder Fusion durch Dekrete unterstanden sie dem Staatswillen; oft konnte nur der Monarch die Generalversammlung einberufen und über die Dividende verfügen [2].

Die Entwicklung der Kompagnien mündete im Code de Commerce in der ersten gesetzlichen Kodifikation der AG.

III. Die ersten KGaAn

Die in der Rechtspraxis entstandenen ersten KGaAn haben nicht nur maßgeblichen Einfluß auf die Gesetzgebungen in Europa ausgeübt, sondern auch in der Person ihrer Komplementäre besonders schillernde Persönlichkeiten gehabt.

1. Am 2.Mai 1716 wurde in Frankreich die Banque royale, die allgemein als erste nachweisbare KGaA gilt [3], gegründet. Ihre Erscheinung ist unlösbar mit ihrem Gründer Law de Lauriston [4] verbunden. Seine Transaktionen bildeten den Anfang eines bis heute nicht überwundenen Unbehagens gegenüber der KGaA.

Um das durch Kriege und die Wirtschaftspolitik Ludwigs XIV. kommerziell total erschöpfte Frankreich wieder zum Blühen zu bringen, gründete Law die Mississippi-Gesellschaft [5]. Sie

---

1) vgl. Renaud, AG, S.29.

2) vgl. Renaud, aaO., S.29/30.

3) so Berger, S.9; Elschenbroich S.21; Fick aaO. S.42; Hergenhahn in ZHR 42,S.69; Ott, Jürgen, S.6; Reichau S.6.

4) Law war Schüler des Schotten Patterson, der 1694 nach dem Vorbild der St.Georgs-Bank von Genua die Bank of England gegründet hatte; Gönner von Law war der Herzog von Orleans, daher der Name der neugegründeten Stadt New Orleans, vgl. dazu Fick in ZHR Bd.5, 42,46.

5) eigentlicher Name Compagnie des Indes; vgl. Fick aaO. S.46; Renaud, AG, S.27.

war das Konglomerat mehrerer Fusionen mit anderen Gesellschaften [1]. Um die so entstandene Kompagnie mit weiteren Kapitalien auszustatten, wurde im Jahre 1720 die kapitalstarke Banque royale mit ihr vereinigt [2]. Durch die Schaffung von Inhaberaktien und die Einführung von Zeitkäufen zauberte Law aus allen Teilen der Welt Kapital zur Sanierung Frankreichs und Kolonisierung der Mississippi-Mündung herbei [3].

Als sich die Aktien mangels Dividendenausschüttung als unrentabel erwiesen und der Börsenwert der Aktien jede Relation zum wahren Kapital der Gesellschaft verlor, floß das nach Frankreich importierte Kapital schneller ab, als es hereingekommen war. Die Abwärtsbewegung des Wertes der Aktien nahm immense Ausmaße an. Selbst härteste Strafgesetze konnten den Abzug des importierten Kapitals nicht verhindern. Übrig blieb allein ein wertloses Stück Papier [4].

Das Schicksal der Mississippi-Gesellschaft erregte weltweites Aufsehen und stand bei den späteren Gesetzgebungen des 19.Jahrhunderts den Gesetzgebern als warnendes Beispiel vor Augen.

Es veranlaßte in England 1720 die Bubble Act, worin jeder Versuch, sich zu einem dauernden Verein zu konstituieren, der die jeweiligen Anteilseigner von der Solidarhaft entband, für eine strafbare Handlung erklärt wurde [5]. In Frankreich

---

1) So fusionierte 1717 mit ihr die neugegründete Compagnie d'Occident, in deren Statuten erstmals Inhaberaktien zugelassen waren; vgl. Renaud, aaO. S.27.

2) vgl. Berger S.10

3) Trotz des hohen Emissionskurses von 5 000 Livres galt die Subskription als eine Gnade, um die selbst fürstliche Personen bei Law bettelten. Insgesamt wurden 600 000 Aktien zum Nominalbetrag von 300 Millionen und zum Emissionswert von 1.677.500.000 Livres ausgegeben; vgl. Fick aaO. S.47/48.

4) Ende 1720 flüchtete Law bereits aus Frankreich und starb 1729 völlig verarmt in Venedig; vgl. Fick aaO. S.50.

5) Fick in ZHR 5, S.52.

bewirkte das Geschehen um die Mississippi-Gesellschaft, daß die Emission von Inhaberaktien, die bis dahin Privileg der Law'schen Gesellschaften gewesen war, allgemein von jeder Person vorgenommen werden konnte [1]. Zur Gründung der AG wurde allerdings ein staatlicher Mitwirkungsakt vorgeschrieben.

Diese unterschiedlichen Reaktionen auf den ersten großen Aktienskandal bewirkten eine Aufspaltung der Entwicklungsgeschichte des Aktienrechts in die europäische und die englisch-nordamerikanische Richtung [2]. Er hinterließ ferner ein allgemeines Mißtrauen gegenüber AGn und KGaAn. Zwar wurde dies besonders bei den Inhabern der Staatsgewalt offenbar [3]. Aber auch unter den Rechtslehrern fanden AG und KGaA nur geteilte Freude. So bezeichnete Ihering [4] noch 1877 die AG als verhängnisvollste Einrichtung seiner Zeit.

2. In Deutschland wurde erst über 100 Jahre später als in Frankreich die erste Gesellschaft gegründet, die als KGaA angesehen werden kann. 1851 wurde durch David Hansemann die Discontogesellschaft Berlin ins Leben gerufen [5]. Da der

---

1) vgl. Fick aaO. S.56.

2) Die europäische Richtung verstand die AG als ein Ganzes, dessen Kapital in bestimmte Anteile geteilt ist, die als Inhaberaktien übertragbar sind, dessen Mitglieder weder den Gläubigern haften noch untereinander obligatorisch verbunden sind; nach der englisch-nordamerikanischen Richtung waren die AGn Vereine i.S. der Sozietäten des Zivilrechts, bei denen die Gesellschafter solidarisch hafteten; vgl. Renaud, AG, S.38.

3) Großfeld, Aktiengesellschaft, S.121.

4) Ihering, Der Zweck im Recht, Bd.I, S.227, 228: Die Verheerungen, die sie (die AG) angerichtet habe, seien ärger, als wenn Feuers- und Wassernot, Mißwuchs, Erdbeben, Krieg und feindliche Okkupation sich verschworen hätten, den Nationalwohlstand zu vernichten.

5) Hergenhahn in ZHR 42, S.72; Elschenbroich S.21.

Name Aktionär noch nicht gebräuchlich war - man sprach noch von stillen Teilhabern [1] -, wurde die Discontogesellschaft als "ein durch einen oder mehrere Geschäftsinhaber und durch eine unbeschränkte größere Zahl von stillen Teilhabern" geprägtes Gebilde bezeichnet [2].

Im Jahre 1856 folgte in derselben rechtlichen Struktur die heute noch bestehende, älteste KGaA, die Berliner Handelsgesellschaft [3]. Diese Gründungen im deutschen Rechtsraum fanden alsbald lebhafte Nachahmung, so daß bis 1871 32 KGaAn entstanden [4].

C. Gesetzliche Kodifikation der KGaA

Die wirtschaftliche Entwicklung wies dem Gesetzgeber zunächst die Aufgabe zu, durch Abstraktion die vorgefundenen Lebenserscheinungen einer rechtlichen Normierung zu unterwerfen.

I. Das 19.Jahrhundert

Das erste große Handelsgesetzbuch der Neuzeit, die Ordonnance du Commerce [5] von 1673, enthielt weder eine Re-

---

1) vgl. Elschenbroich, KGaA, S.21.

2) Die Discontogesellschaft 1851-1901, Berlin 1901, S.7.

3) Streit besteht darüber, ob die Berliner Handelsgesellschaft lediglich eine Nachbildung der Discontogesellschaft war, so Elschenbroich, KGaA, S.21, oder ob erst sie der eigentlichen KGaA entsprach, so Ott, Jürgen, S.11.

4) Berger S.16; Elschenbroich S.35.

5) Nach dem Hauptbearbeiter Savary, vgl. Renaud aaO. S.30, auch Code Savary genannt.

gelung der AG noch der KGaA. Es erwähnte nur die société générale, bei welcher alle socii solidarisch für die Gesellschaftsschulden haften, und die KG, in der die Kommanditisten nur mit ihrer Einlage für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einzustehen haben [1].

Erst in Art.38 des Code de Commerce von 1807 fand die KGaA ihre erste gesetzliche Kodifikation [2]. Die KGaA wurde in dieser Vorschrift als KG behandelt, deren Kommanditanteile aus Aktien bestanden [3]. Sie besaß noch keinen Aufsichtsrat [4]. Während die Gründung der AG nach Art.37 staatlicher Genehmigung bedurfte, war sie für die KGaA nicht erforderlich.

Die gesetzliche Regelung führte in Frankreich zu einem unerhörten Aufschwung dieser Gesellschaftsform [5]. Die KGaA wurde vielfach zur Umgehung der für die AGn erforderlichen staatlichen Genehmigung benutzt [6]. Um derartigen Mißbräuchen zu begegnen, erließ die französische Regierung 1838

---

1) vgl. Renaud,AG, S.30.

2) Art.38: Le capital des sociétés en commandite pourra être aussi divisé en actions, sans aucune autre dérogation aux regles établies pour ce genre de société; vgl. dazu Anschütz-Volderndorff, AD HGB, S.117; Berger S.10; Boesebeck, Die kapitalistische KG, S.26; Fehr, Struktur, S.9; Bergenahm in ZHR 42, S.69; Koller S.72; Reichau S.44.

3) Streitig war, ob bei der KGaA Inhaberaktien zulässig waren, vgl. Berger S.11; Oreizenach in ZHR 2, S.78; der Pariser Appellationshof entschied 1832 die Zulässigkeit.

4) vgl. Ott, Jürgen, KGaA, S.28.

5) Im Jahre 1838 bestanden 1039 KGaAn; Elschenbroich, KGaA, S.25.

6) Berger S.11; Fehr, Struktur,S.14.

vor, die KGaA abzuschaffen [1]. Dieser Plan wurde verworfen, weil die große Verbreitung der KGaA nicht nur auf die erforderliche staatliche Genehmigung zurückgeführt wurde, sondern einem wirtschaftlichen Bedürfnis entsprach [2]. Zur Verhinderung von Mißbräuchen mit der Rechtsform der KGaA wurden in den Gesetzen von 1856 und 1867 strengere Regelungen [3] festgelegt.

Die Vorgänge um die KGaA in Frankreich führten in Deutschland vor der ersten gesetzlichen Normierung zu eingehenden Beratungen. Nach der ersten Fixierung im Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten im Jahre 1857 fand die KGaA schließlich Aufnahme in das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 [4]. Vorbild waren Art.38 des Code de Commerce und die Statuten der Berliner Discontogesellschaft. Im Gegensatz zur Regelung des französischen Rechts verlangte das AD HGB in Art.174 als überlandesrechtliche Grundregelung trotz Einordnung der KGaA als Unterart der KG zu ihrer Gründung eine staatliche Genehmigung [5]. Den Landesgesetzgebern blieb aber eine davon abweichende Regelung vorbehalten. Außerdem galt das AD HGB nur für solche KGaAn, die ihrem Gegenstand und Zweck nach Handelsgesellschaften waren [6].

---

1) Berger S.11; Hergenhahn aaO. S.70.

2) vgl. Elschenbroich, KGaA, S.25/26.

3) vgl. Hergenhahn in ZHR 42, S.70.

4) vgl. Spalcke, KGaA, S.9.

5) Diese Regelung war lange umkämpft. Namentlich die preußischen Staaten waren gegen das Erfordernis der Staatsgenehmigung. Um ein Zustandekommen des AD HGB und dessen Geltung in allen deutschen Staaten zu erlangen, wurde in Art.206 die Bestimmung aufgenommen, daß es den Landesgesetzgebern vorbehalten blieb, den staatlichen Genehmigungszwang zur Errichtung von KGaAn aufzuheben. Nicht nur Preußen machte von dieser Ermächtigung Gebrauch; vgl. Berger S.14; Großfeld, Aktiengesellschaft, S.134,135 für AGn; Elschenbroich, S.23/24; Molle, Die Lehre von den Aktiengesellschaften, S.169; Spalcke, KGaA, S.14.

6) Hergenhahn in ZHR 42, S.74; Renaud, AG, S.41/42.

Daher behielten die partikularrechtlichen Bestimmungen für Nicht-Handelsgesellschaften Bedeutung [1].

Erst 1870 wurden die KGaAn und AGn unabhängig vom Gegenstand ihres Unternehmens durch Gesetz des Norddeutschen Bundes, das später als Reichsgesetz fortgalt, als Handelsgesellschaften den Vorschriften des Handelsgesetzbuches unterstellt [2]. Auch in Deutschland führte der Konzessionszwang für AGn ähnlich wie in Frankreich zu einem Aufschwung der KGaA, da viele Länder gemäß der Ermächtigung des Art. 206 AD HGB die Genehmigungspflicht für KGeAn aufhoben. Allerdings vollzog sich dieser Aufschwung in bescheidenerem Ausmaß.
Anders als der französische Gesetzgeber ging der deutsche gegen das Problem der Mißbräuche der Rechtsform der KGaA vor. Im Gesetz von 1870 hob er die Konzessionspflicht für AGn auf [3] und ersetzte das System der Einzelgenehmigung durch Normativbestimmungen. Die KGaA blieb nach wie vor im Anschluß an die KG geregelt, obwohl sie sich in der praktischen Ausgestaltung schon mehr der AG näherte [4].

Die Aufhebung des Konzessionszwangs blieb nicht ohne Wirkung auf die Entwicklung der KGaA. Es entstand ein allgemeiner Trend zur AG. Trotzdem nahmen sich die 52 KGaAn neben den 300 AGn [5] noch recht stattlich aus.
Bei den späteren Gesetzgebungen taucht regelmäßig wieder die Frage nach dem Beibehalten der KGaA als eigenständiger

---

1) vor allen Dingen die vielen Gesetze über AGn, vgl. Aufführung bei Renaud S.44 ff.

2) Berger S.14; Hergenhahn aaO. S.74; Kayser, KGaA und AG, S.4.

3) vgl. Berger S.14; Elschenbroich S.26; Spalcke, KGaA, S.26.

4) Elschenbroich S.26; Kayser, KGaA und AG, S.4.

5) Von den 52 KGaAn waren 30 Banken und 22 Industriegesellschaften, vgl. Stenographische Berichte über die Versammlungen des Reichstages, 5.Legislaturperiode, IV.Session, 1884, Nr.21, S.307; Hergenhahn aaO. S.74.

Rechtsform auf [1]. Besonders ausgiebig wurde sie vor dem Erlaß des HGB von 1884 erörtert [2]. Da sich unter den bestehenden KGaAn in Deutschland solide und erfolgreiche Unternehmungen befanden, wurde die Rechtsform der KGaA beibehalten [3]. Zur Rechtfertigung wurde auf die unterschiedlichen wirtschaftlichen Bedürfnissen entsprechenden Grundstrukturen in AG und KGaA hingewiesen. Während die AG Ausdruck eines republikanischen Prinzips sei, bei dem das Kapital als solches alleiniger Träger der Rechte und Verbindlichkeiten sei, habe die KGaA in dem persönlich haftenden Gesellschafter eine die Kommanditisten weithin überragende monarchische Spitze [4].

Um Schwindelunternehmen zu erschweren, wurde in Art.174a, 181 des HGB von 1884 eine besondere Einlagepflicht des Komplementärs vorgeschrieben [5].

Die Einlagepflicht des persönlich haftenden Gesellschafters bewährte sich in der Folgezeit nicht, weil sie die Zahl der in Betracht kommenden Personen zu sehr einengte. Daher wurde sie im HGB von 1897 wieder aufgehoben. Außerdem wurde nun der engeren Anlehnung der KGaA an die AG dadurch Rechnung getragen [6], daß die KGaA im Gesetz hinter der AG placiert wurde [7]. Außerdem wurde eine grundsätzliche Anwendung der

---

1) Stenographische Berichte, S.306,307; Materialien zum Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich und dem Einführungsgesetze, Berlin 1897, S.84; Spalcke, KGaA, S.35.

2) Gegen eine Beibehaltung wurde auf die Abschaffung der KGaA in anderen Ländern hingewiesen; Ungarn, das 1875 die KGaA als Rechtsform beseitigte, konnte jedoch nicht als Maßstab dienen, weil die KGaA dort in der Praxis nicht vorkam, vgl. Stenographische Berichte S.306, 307, speziell S.355; im amerikanischen Recht war die KGaA unbekannt, Gierke, J., Handelsrecht, S.398.

3) vgl. Elschenbroich S.27/28; Hergenhahn in ZHR 42, S.75.

4) siehe Stenographische Berichte S.307/308; Hergenhahn aaO S.76; auch Anschütz-Völderndorff, AD HGB, S.122.

5) 1/10 des Kapitals der KGaA; sofern es über 3 Millionen betrug, nur 1/50; vgl. Hergenhahn aaO. S.77; Spalcke S.28; ungenau Pflug in NJW 71,347, der von einer Einlagepflicht von 10 % spricht.

6) vgl. Lehmann, Karl in AcP 86, S.327.

7) Bedeutung hatte das z.B. für die Firma: bei KG Personenfirma, bei AG in der Regel Sachfirma; vgl. Reichau S.45.

Vorschriften der AG auf die KGaA bestimmt, soweit nicht durch die Stellung des Komplementärs eine andere Regelung geboten war. Damit wurde eine starke rechtliche, äußere Annäherung der KGaA an die AG vollzogen. Es wird noch gezeigt werden, daß diese gesetzliche Neuregelung der Vorschriften über die KGaA die Ursache vieler Schwierigkeiten für die Bewältigung der Rechtsprobleme der KGaA der Gegenwart ist.

Die weitere Entwicklung der KGaA ist geprägt von einem dauernden Auf und Ab. Die 1892 in Deutschland ohne Vorbild geschaffene GmbH übertraf die KGaA zahlenmäßig schon bald [1]. Vornehmlich Banken waren es, die sich der Rechtsform der KGaA bedienten. So trugen die ins 19.Jahrhundert zurückreichenden Vorläufer der drei großen deutschen Privatbanken die Rechtsform der KGaA [2].

II. Das 20.Jahrhundert

Eine besondere, allerdings erfolglose Anpreisung erfuhr die KGaA in der Zeit des Nationalsozialismus [3]. Eine zahlenmäßige Expansion der KGaA sollte den Einfluß der AGn verringern, da die Eigenverantwortung und Privatinitiative in der Person des Komplementärs der KGaA als Ausdruck des erstrebenswerten Führerprinzips angesehen wurden [4], während die AG mit der fehlenden Eigenverantwortlichkeit des Vorstands als diesem Prinzip zuwiderlaufend erachtet wurde [5]. In der Rechtspraxis fand diese Propaganda jedoch keine Resonanz [6].

---

1) vgl. Skala bei Elschenbroich S.35, auch S.29; Spalcke S.39.

2) Die 1922 entstandene Darmstädter- und Nationalbank wurde 1931 durch Fusion mit der Dresdener Bank ebenso zur AG umgewandelt wie die Discontogesellschaft Berlin durch Fusion mit der Deutschen Bank und der Barmer-Bankverein KGaA mit der Commerzbank; vgl. Elschenbroich, KGaA, S.30.

3) Kummer S.7; Martin S.2/3.

4) Kummer aaO. S.55.

5) vgl. Martin aaO. S.2/3.

6) Die Zahl der 1929 noch bestehenden KGaAn (89) ging 1934 auf 49 und bis 1938 auf 22 Gesellschaften zurück; unrichtig daher Elschenbroich S.30, wenn er behauptet, die nationalsozialistische Wirtschaft habe die KGaA bevorzugt.

Die Aktienrechtsnovelle von 1931 blieb ohne spezifischen Einfluß auf die KGaA. Sie wurde von der Veränderung nur insoweit betroffen, als allgemeine Teile des Aktienrechts reformiert wurden [1].

Von größerer Bedeutung war das Aktiengesetz von 1937. Die seit langem umstrittene Frage, ob die KGaA juristische Person sei [2], wurde im Sinne der herrschenden Meinung positiv entschieden [3]. Das Mindestkapital der KGaA wurde wie bei der AG auf 500.000 RM festgelegt [4]. Neu geregelt wurde das Stimmrecht der Komplementäre. Sie erhielten entgegen bisheriger Übung nunmehr volles Stimmrecht für ihre Aktien in der Hauptversammlung [5]. Nach einem quantitativen Tiefpunkt im Jahre 1943 stieg die Zahl der KGaAn wieder an [6].

Das Aktiengesetz von 1965 nahm die bereits in § 60 Abs.1 des "Gesetzes über die Eröffnungsbilanz in Deutscher Mark und die Kapitalneufestsetzung" [7] durchgeführte Mindestkapitalreduzierung von 500.000 RM auf 100.000 DM in § 7 AktG auf. Die Stufengründung wurde wie bei der AG auch bei der KGaA abgeschafft [8]. Erweitert wurde der Katalog der auf den Komplementär anwendbaren aktienrechtlichen Vorschriften über den Vorstand der AG [9]. Aufgrund der erstmaligen Rege-

---

1) z.B. Mehrstimmrechtsaktien, Pflichtprüfung.

2) vgl. Berger S.24; Koenig S.1; Reichau S.27 ff.

3) vgl. Martin S.16.

4) entgegen vorher 50.000 RM; vgl. Spalcke S.70.

5) vgl. Spalcke, KGaA, S.71.

6) vgl. Elschenbroich, KGaA, S.35; Pflug in NJW 71,345.

7) auch DM-Bilanzgesetz genannt; vgl. Gail-Latsch § 7 I und § 60 I.

8) vgl. Kropff, Aktiengesetz, Anm. S. 366 zu § 282.

9) vgl. § 283 AktG 1965 gegenüber § 225 AktG 1937, auch Kropff aaO. Anm. S.367 zu § 283.

lung des Konzernrechts wurde auch die konzernverbundene KGaA gemäß §§ 329 ff AktG der Rechnungslegungspflicht unterworfen [1].

Die in Angriff genommene Novellierung des GmbH-Rechts berührt nach dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums die KGaA nicht [2].

D. Verhältnis der KGaA zu AG und KG

I. Entwicklungsprozeß

Angesichts der Schaffung von Unternehmensformen durch die Wirtschaftspraxis ohne spezifische gesetzliche Anleitung erstaunt es nicht, daß das geschichtliche Verhältnis von KG, KGaA und AG umstritten ist.

Da die KG in der Form der commenda älter als die KGaA und die AG ist, liegt der Schluß nahe, die KGaA könne als Zwischenglied von KG und AG in der historischen Entwicklung angesehen werden [3].

Eine präsumierte größere Kompliziertheit der KGaA spricht nicht gegen eine Entwicklung der AG aus ihr [4]. In einem langsamen Wachstumsprozeß könnte die steigende Zahl der Kommanditisten der KG zu einem körperschaftlich organisierten Kommanditistenverband als Gegenpol zum Komplementär geführt haben. Auch bei Anerkennung eines Einflusses der commenda auf die AG [5] ist jedoch nicht einzusehen, durch

---

1) § 283 Nr.11 AktG 65.

2) vgl. Recken in ZRP 1969, S.163.

3) so Fick in ZHR Bd.5, S.39 und 43; wohl auch Müller-Erzbach, Handelsrecht, S.322; Martin S.8.

4) so Renaud, AG (1.Aufl.), S.11; dagegen spricht die früh auftauchende, sehr komplizierte maona des Mittelalters; weiterhin ist die frühe KGaA nicht komplizierter als KG und AG.

5) so Goldschmidt, L., Universalgeschichte, S.254; Lehmann, Karl, aaO. S.27.

welchen organischen Prozeß das obligatorische Verhältnis der Kommanditisten der KG in das seinem Wesen nach frei veräußerliche Mitgliedschaftsrecht der Aktionäre übergegangen ist. Eine korporative Verfassung war in der commenda und ihren Erweiterungen ausgeschlossen [1]. Eine körperschaftlich strukturierte Gesellschaft wie die AG stellt eher einen Gegensatz als eine Endstufe zu den obligatorischen Verhältnissen dar, die die KG und auch die KGaA als personenrechtlich geformte Gesellschaften in ihrer Entwicklung bis zum 20.Jahrhundert geprägt haben. Eine organische Entwicklung der AG aus KG und KGaA kann daher nicht angenommen werden. Es wäre auch verblüffend, sollte das wirtschaftliche Bedürfnis, das die Gesellschaftsformen hervorbrachte, einem logischen Wachstumsprozeß entsprochen haben. Eine derartig homogene Entwicklung ist gedankliche Fiktion und entspricht nicht dem irrationalen Ablauf der Historie. Daher wird auch Wielands [2] Versuch, sämtliche Formen der Handelsgesellschaften als Abwandlung der Gesellschaft im wahren Sinn [3] zu begreifen, der geschichtlichen Entwicklung nicht gerecht.

Gleichermaßen unhaltbar ist die Auffassung, die KGaA sei aus der AG entstanden [4]. Es ist schon fraglich, ob die AG älter ist als die KGaA [5]. Sieht man die Banque royale als erste KGaA an, so scheint die AG in Form der Welthandelskompagnien früher existiert zu haben. Dabei sind jedoch die der KGaA wirtschaftlich sehr nahe kommende colonna und die

---

1) vgl. Lehmann, Karl, aaO. S.27.

2) Wieland, Karl, Handelsrecht, S.389.

3) er meint damit die Gesellschaft im engeren Sinn, die Kollektivunternehmung als eine privatrechtliche Vereinigung, die die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks anstrebt, S.388, 389.

4) vgl. auch Elschenbroich, KGaA, S.17/18.

5) so Goldschmidt, System, S.141; offen Lehmann, K., AG, S.28; Renaud, AG (1.Aufl.), S.11.

großen italienischen Banken unberücksichtigt geblieben, die sehr wohl Züge der KGaA aufwiesen. Das historisch-zeitliche Dunkel des Verhältnisses von AG und KGaA wird sich letztlich rational nicht aufhellen lassen. Die Struktur der KGaA weist wie die KG die Kombination von unbeschränkt haftenden und tätigen Gesellschaftern mit solchen auf, die nicht in der Gesellschaft tätig werden und deren Haftung sich auf das hingegebene Kapital beschränkt. Eine derartige Struktur ist organisch nicht aus der korporativen AG herzuleiten. Diese Annahme wird bestärkt durch die Anfänge der gesetzlichen Kodifikation der KGaA. Der französische wie auch der deutsche Gesetzgeber verstanden die KGaA als eine KG mit der einzigen Besonderheit, daß die Kommanditeinlage auch in Aktien bestehen konnte. Die Stellung des Komplementärs und seine Rechte und Pflichten waren die des persönlich haftenden Gesellschafters bei OHG und KG. Die allmähliche gesetzliche Fortentwicklung der KGaA betraf vornehmlich die Sicherung der Kapitalgeber in der KGaA. In diesem Bereich wurde eine starke Anlehnung an die AG angestrebt und verwirklicht.

Nicht gefolgt werden kann der Auffassung, die KGaA sei gegen den Willen des Gesetzgebers entstanden [1] und habe allein zur Umgehung des für die Aktiengesellschaften bestehenden Konzessionszwanges gedient [2]. Unerklärlich bleibt nach dieser Auffassung, warum die KGaA nicht der Genehmigungspflicht für notwendig erachtet wurde. Es hätte nahegelegen, sie entsprechend Art. 206 des AD HGB vom 1861 auch in der Praxis der staatlichen Genehmigungspflicht zu unterwerfen. Eine überzeugende Begründung dafür vermag allein die enge historische Anlehnung der KGaA an die KG zu geben. Dieser nahen urtypli-

---

1) so Creizenach in ZHR 2, S.56.

2) so weitgehend Fahr, Struktur, S.14 und Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.2.

chen Verwandtschaft der KGaA zur KG muß man sich bewußt sein, wenn die heutigen Probleme der in ihrem äußeren Erscheinungsbild in vielem der AG assimilierten KGaA [1] sachgemäß gelöst werden sollen.

II. Charakterisierungsversuche

Wenig hilfreich bei der Bewältigung aktueller Probleme der KGaA ist ihre wahlweise Typisierung als Abart der AG [2] oder als Mischform von AG und KG [3]. Derartige Charakterisierungsversuche sind geradezu Wahrzeichen eines mangelnden Eingehens auf die Eigenarten dieser Gesellschaftsform und dienen bei der Entscheidung komplizierter Rechtsfragen leicht zu bequemer Scheinargumentation. Selbst bei der künstlich ins Leben gerufenen GmbH hat es nicht annähernd so viele Versuche gegeben, diese Gesellschaftsform einer anderen zuzuschreiben.

Wie die geschichtliche Entwicklung der KGaA gezeigt hat, verdankt sie ihr Entstehen auch nicht einem Gesetzesperfektionismus der Juristen, die eine Lücke in der juristischen Reihe der Gesellschaftsformen ausfüllen wollten [4]. In dieser Beschreibung der KGaA als "Lückenfüller" liegt allerdings der richtige Ansatz zum Verständnis dieses Rechtsge-

---

1) vgl. Barz in Gadow GroßK (2.Aufl.), AktG, § 219 Anm.4; Lehmann, Karl, in AcP 86, S.327.

2) so Baumbach-Hueck, AktG, Vorb.2 zu § 278 und § 278 Anm.2; Cosack, Lehrbuch, S.133; Gail in WP 66,425; Hueck, GesellR, S.236; Joens S.20; Martin S.8; Ring-Schachian, Praxis, S.25; Schreiber S.7; LG Hamburg in Die AktG 68, 193.

3) Buchwald-Tiefenbacher, Die zweckmäßige Gesellschaftsform, S.21 Fußn.5; Fehr, Struktur, S.7 und 14; Gessler, AktG, Vorb. zu § 278; Kummer S.11; Peter, Neuzeitliche Gesellschaftsverträge, S.57 und 276; Simon in ZHR 49, S.24; Simon-v.Schönfeld, Gesellschaftsformen, S.17.

4) so Kleine-Arndt S.17; Ott, Jürgen, S.20; Spalcke S.10.

bildes. Die KGaA muß als eigenständiges, rechtliches Gebilde aufgefaßt werden [1], das von Gesetzes wegen individualistische wie auch kapitalistische Strukturelemente in sich vereinigt. Kennzeichnend für die KGaA ist die Verbindung dieser teilweise gegensätzlichen Elemente zu einer funktionsfähigen Einheit.

Konfliktslagen entstehen immer dann, wenn beide Elemente zur Ausfüllung lückenhafter gesetzlicher Regelungen herangezogen werden sollen und die Anwendung personalistischer Grundsätze zu einem anderen Ergebnis führt, als es bei einem Eingreifen kapitalistischer Strukturnormen der Fall wäre. Das gilt insbesondere für die bedeutsame Frage, ob juristische Personen persönlich haftende Gesellschafter der KGaA sein können. Besondere Probleme wirft die vom Gesetzgeber in der KGaA geübte Schachtelungs- und Verweisungstechnik auf, die letztlich allein aus dem historischen Werdegang der KGaA verständlich wird. Sie ist Ausgangspunkt vieler Mißverständnisse und Fehlbeurteilungen der KGaA und beeinflußt auch den Streit über die Zulassung juristischer Personen als Komplementär.

---

1) so auch Barz in Gadow GroßK AktG (2.Aufl.), § 219 Anm.2; Berger S.15, 16; Depetri in ZHR 87,117; Elschenbroich S.167 und 180; Koenig S.11; Koller S.71/72; Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 219 Anm.2; Staub-Pinner, HGB, § 320 Anm.7; RG in RGZ 129,260(267).

2. Teil: Die Struktur der KGaA

A. Streitstand zur Person des Komplementärs

Streit über die Zulässigkeit einer juristischen Person als Komplementär der KGaA brach aus aufgrund des Beschlusses des OlG Hamburg [1] und der oppositionellen modernen Lehre von der Typengesetzlichkeit im Gesellschaftsrecht.

Während die Gegner [2] der Zulassung den Sinn und das Wesen der KGaA für ihre Meinung strapazieren, berufen sich die Befürworter [3] unter Parallelisierung zur GmbH & Co.KG auf die rechtsgestaltende Kraft wirtschaftlicher Bedürfnisse, der das Recht nicht im Wege stehen dürfe. Teilweise wird gänzlich von einer Begründung der geäußerten Meinung abge-

---

1) OLG Hamburg in GmbHR 69,135 ff = NJW 69,1030 ff.

2) so schon früher Fehr, Struktur, S.68; Düringer-Hachenburg, HGB, § 320 Anm.5; Koenig, S.11; Kummer S.39; Martin S.22; später ebenso Baumbach-Hueck, AktG, § 278 Anm.2; Barz in Gadow GroßK AktG (2.Aufl.), § 219 Anm.10; Elschenbroich, KGaA, S.130; Gessler, AktG, § 278 Anm.2 (auch in WK-Reihe § 278 Anm.2); Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.6; Grobe in NJW 68,1709; Joens S.31; Pflug in NJW 71,350; Ritter, AktG, § 219 Anm.3b; Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 219 Anm.9; ablehnend auch Lehmann, H., GesellR, 2.Aufl., S.328 und Weipert in Gadow GroßK AktG, 1.Aufl., § 219 Anm.17, es sei denn, die juristische Person ist von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen und neben ihr ist noch eine natürliche Person als Komplementär in der KGaA vorhanden.

3) früher Schreiber, S.41, 130, 141; Staub-Pinner, HGB, § 320 Anm.7; heute Helm aaO. S.73; Hesselmann in GmbHR 69,141; Möhring-Tank, Handbuch, S.271, Rnd. 621; OLG Hamburg aaO.

sehen [1].

Begreift man das Wesen einer Gesellschaftsform als eine gegenüber dem Begriff besonders hervorgehobene Eigenschaft, die den Umfang oder Anwendungsbereich des Begriffs erweitert oder beschränkt [2], so erfordert die Berufung auf das Wesen die Darlegung eines Ordnungsbildes der Gesellschaft oder der Konkretisierung materieller Gerechtigkeitsvorstellungen im Wesen [3]. Das lassen die Gegner der Zulassung juristischer Personen als persönlich haftenden Gesellschafter der KGaA vermissen. Damit entlarvt sich die Wesensargumentation als Ersatz für eine hinreichende Begründung [4] und wird zum bedeutungslosen Scheinargument.

Ebensowenig kann eine allgemeine Parallelisierung von der GmbH & Co.KG auf die KGaA zu einer sachlich fundierten Aussage über die Zulässigkeit juristischer Personen als Komplementär der KGaA führen. Jede Gesellschaftsform reflektiert als Ausdruck spezifischer Interessengestaltungen Eigenarten und Besonderheiten. Diese treten sich in besonderem Maße bei den im Grundsatz gegensätzlichen Formen der als juristische Personen ausgestalteten Kapitalgesellschaften und den als Gesamthandgemeinschaften konzipierten Personengesellschaften gegenüber. Die Parallelisierung von Rechtsregeln einer Verbandsform auf eine andere kann allenfalls aufgrund

---

1) dagegen ohne Begründung Rasch in NJW 62,1242; Teichmann-Koehler, AktG, § 219 Anm.1; Würdinger, AktR, S.241; wohl auch Ott, Jürgen, S.57/58, allerdings ohne ausdrückliche Behandlung dieser Frage: die gesellschaftsrechtliche Situation erfordere eine oder mehrere physische Personen in der Geschäftsleitung; dafür ohne Grund Buchwald-Tiefenbacher, Die zweckmäßige Gesellschaftsform, S.53; Simon-v.Schönfeld, Gesellschaftsformen, S.25.

2) Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.57.

3) Westermann, H.P., ebenda S.69.

4) vgl. dazu Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.3; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.69 Wesensargument als Globalargument.

eingehender Interessenvergleiche erfolgen. Das muß bei den Befürwortern der Zulassung juristischer Personen für die Unternehmensleitung der KGaA vermißt werden. Ein allgemeinhin behauptetes, wirtschaftliches Bedürfnis kann nicht ausreichende Legitimation jedweder Rechtsgestaltung sein; vielmehr muß das behauptete Bedürfnis einer Interessenprüfung unterzogen werden und seine Vereinbarkeit mit allgemeinen Rechtsregeln untersucht werden. Erst dies ermöglicht eine sachgemäße Feststellung, ob das wirtschaftliche Bedürfnis gerechtfertigt ist und als relevantes Argument für die Rechtsgestaltung anzuerkennen ist.

B. Schachtelprinzip des Gesetzgebers

Die Frage, ob eine juristische Person persönlich haftender Gesellschafter der KGaA sein kann, hat keine unmittelbare gesetzliche Regelung gefunden, wie es für die AG in § 76 Abs.3 AktG geschehen ist. Es besteht bei der KGaA insoweit Übereinstimmung mit dem Recht der Personengesellschaften, da auch dort das Problem der Zulassung juristischer Personen in der Geschäftsleitung keine ausdrückliche Ausgestaltung erfahren hat.

I. Gesetzliche Ausgestaltung der KGaA

Es ist nicht zu verkennen, daß der Wortlaut des Gesetzes in einigen Fällen dem Komplementär der KGaA die typischen Merkmale einer physischen Person zuordnet. So bestimmt § 281 Abs.1 AktG, daß die Satzung der KGaA den Namen, Vornamen, Beruf und Wohnsitz des Komplementärs enthalten muß. Über §§ 289 AktG, 161 Abs.2, 131 Nr.4 HGB wird der Tod des persönlich haftenden Gesellschafters als Auflösungsgrund für die KGaA genannt. Die 2.Alternative, 1.Fall des in § 284 Abs.1 AktG statuierten Wettbewerbsverbots des Komplementärs betrifft allein eine natürliche Person, da lediglich sie Mitglied des Vorstands einer Aktiengesellschaft sein

kann [1].

Dieser Wortlaut des Gesetzes rechtfertigt nach mancher Auffassung [2] bereits die Verneinung der Zulässigkeit juristischer Personen als Komplementär der KGaA. Die so motivierte Meinung ist mehr als fadenscheinig, wenn sie sich nicht mit dem Verhältnis von natürlicher und juristischer Person befaßt und eine Darlegung ihrer Gemeinsamkeiten und Unterschiede unterläßt [3].

1. Es ist hier nicht der Raum, die für die Erklärung der juristischen Person entwickelten Theorien darzulegen [4]. Aus einem abstrakten Begriff oder einer allgemeinen Wesensbeschreibung der juristischen Person lassen sich in praxi keine Erkenntnisse gewinnen [5]. Es gibt keine Einheitsfigur der juristischen Person [6].

Kennzeichnend ist für sie wie auch für die natürliche Person die Fähigkeit, Träger eigener Rechte zu sein. Die Rechtsfähigkeit des Menschen folgt aus seiner Würde als rechts-

---

1) vgl. § 76 Abs.3 AktG.

2) LG Hamburg in Die AktG 68, S.194; Grobe in NJW 68,1709.

3) Für die hier zur Entscheidung anstehende Frage kommen als juristische Personen praktisch allein AG, KGaA oder GmbH in Betracht, in besonderen Fällen auch eine Stiftung.

4) Neben den beiden Grundlehren, der Fiktionstheorie und der Theorie der realen Verbandperson, besteht noch eine Vielzahl von Lehren, die der juristischen Person auf verschiedene Art Rechte zuordnen, vgl. dazu Enneccerus-Nipperdey, AT BGB, S.608, Fußnote 2; Georgakopoulos, Gründung, S.16-24; Wolff, H.J., Organschaft und juristische Person, S.2-88.

5) vgl. Kuhn, Strohmanngründung, S.34; Serick, Rechtsform, S.3; Tielsch, Beschränkte Haftung, S.34 für die innere Verschiedenheit der Handelsgesellschaften.

6) Kuhn, Strohmanngründung, S.57; wohl auch Büttner, Identität, S.36/37.

ethischem Prinzip [1]. Die Zuordnung von Rechten zur juristischen Person beruht dagegen nicht auf einer allgemeinen Rechtsüberzeugung [2]. Die Rechtsfähigkeit der juristischen Person ist vielmehr eine rechtstechnische Zweckschöpfung [3]. In welchem Ausmaß der Gesetzgeber diese Zweckschöpfung zuläßt, ist prinzipiell in sein Ermessen gestellt [4].

Die juristische Person ist im Interesse des Rechtsverkehrs geschaffen, ohne daß ihr unabdingbare Vorstellungen über den inneren Aufbau zugrundeliegen [5]. Ihre Funktion besteht in der Zusammenfassung von menschlichen Kräften und materiellen Mitteln einer Vielzahl von Personen [6] zur Verfolgung bestimmter Zwecke, wie sie für einzelne Personen in der Regel nicht erreichbar sind [7]. Die juristische Person des Handelsrechts gibt Personenmehrheiten die Möglichkeit, an gemeinsamem, erwerbswirtschaftlichem Gewinnstreben zu partizipieren. Die Behandlung dieser Zweckzusammenfassung als rechtlich selbständige Einheit, als Rechtsperson, ist ein Gebot der Rechtsklarheit und Rechtspraktikabilität.

---

1) vgl. Bühler, Identität, S.29, Fußnote 7, und S.37; Georgakopoulos, Gründung, S.4; Westermann, H., Person, S.10/11.

2) Westermann, H., aaO. S.12.

3) vgl. Büttner, aaO. S.35, 39; Georgakopoulos, Gründung, S.4; Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.116; Westermann, Person, S.12; Wolff, H.J., Organschaft und juristische Person, S.207, 230.

4) so haben z.B. im französischen Recht alle Handelsgesellschaften juristische Persönlichkeit; vgl. Drobning, Haftungsdurchgriff, S.8.

5) Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.11.

6) Großmann-Doerth in AcP 147, S.7, der dies besonders hervorhebt.

7) vgl. Mertens in GmbHR 67,46; Serick, Rechtsform, S.25/26.

Unabhängig von der unterschiedlichen Motivation bei der Zuordnung der Rechtsfähigkeit für natürliche und juristische Personen, beruht ihre Eigenschaft als Rechtsperson gleichermaßen auf einer Rechtsnorm [1].

2. Zwar tritt bei der juristischen Person die Trennung des jeweiligen Zweckgebildes von den hinter ihr stehenden Personen mit dem Erfordernis einer eigenen inneren Organisation zur Ausformung des Verbandswillens in den Vordergrund. Dies rechtfertigt allein jedoch noch keine unterschiedliche Behandlung von natürlicher und juristischer Person. Die gesetzliche Festlegung der juristischen Person als Rechtsperson nötigt vielmehr zu einer weitgehenden Gleichbehandlung mit der natürlichen Person in dem Sinne, daß diejenigen Rechtssätze, die das Vorhandensein einer Person voraussetzen, sachlich ebenso auf die juristische wie auf die natürliche Person Anwendung finden [2]. Eine Differenzierung in Rechtspersonen ersten und zweiten Ranges existiert nicht.

Die Grenze der Gleichbehandlung liegt dort, wo Rechtssätze an den der juristischen Person nicht zugänglichen natürlichen Eigenschaften [3] anknüpfen und diese dadurch ihre inhaltliche Bewertung erhalten [4]. Wo natürliche Eigenschaften

---

1) vgl. § 1 BGB, §§ 21, 80 BGB, § 1 AktG, § 278 AktG, § 13 GmbHG, § 17 GenG, § 96 ABG (Allgemeines Bergrecht in NW), auch Georgakopoulos, Gründung, S.5.

2) vgl. so auch Büttner, Identität, S.29; Kuhn, Strohmanngründung, S.55; Serick, Rechtsform, S.221; Zielinski, Grundtypenvermischungen, S.82.

3) Nass, Person, Persönlichkeit, S.88.

4) vgl. Büttner aaO. S.29; Enneccerus-Nipperdey, AT BGB, S.626; eingehend Serick, Rechtsform, S.161 unter ausdrücklichem Hinweis auf Art. 53 des schweizerischen Zivilgesetzbuchs: juristische Personen sind aller Rechte und Pflichten fähig, die nicht die natürlichen Eigenschaften des Menschen zur notwendigen Voraussetzung haben.

erforderlich sind, ist eine Gleichbehandlung von juristischer und natürlicher Person nicht möglich [1]. Darüber hinaus kann sich eine unterschiedliche Behandlung dann ergeben, wenn die Vereinigung von Personen und Mitteln in der juristischen Person zu so massiver Potenzierung der Macht führt, daß gegenüber einer natürlichen Einzelperson eine stärkere Selbstbindung der juristischen Person geboten erscheint [2]. In diesen Fällen kann die unterschiedliche Interessenlage bei der natürlichen und juristischen Person die juristische Person als Zuordnungsobjekt einer Norm ausschließen. Die Anwendung der auf natürliche Personen zugeschnittenen Normen auf eine juristische Person verlangt daher eine Interessenbewertung und die Bestimmung des Funktionsbereichs der Norm.

3. Es kann daher für die Frage der Zulassung juristischer Personen als Komplementär der KGaA auch der Meinung keine Bedeutung zugemessen werden, die den auf natürliche Personen zugeschnittenen Wortlaut des Gesetzes mit der Begründung überspielt, der Gesetzgeber habe lediglich den Regelfall im Auge gehabt, daß natürliche Personen Komplementär der KGaA wären [3], damit habe er aber keine Entscheidung über die Frage der Zulässigkeit juristischer Personen treffen wollen [4].

---

1) z.B. Wählbarkeit, nicht selbst Wähler, keine Verwandtschaft, keine Unterhaltspflicht; vgl. Kuhn, Strohmanngründung, S.53.

2) so Mertens in GmbHR 67,46; auch Ott, Claus, Typenzwang, S.107, 121.

3) OLG Hamburg in GmbHR 69, S.137 = NJW 69,1032.

4) so besonders angesprochen für die GmbH & Co. KG Hesselmann, GmbH & Co., S.8; Zielinski, Grundtypenvermischungen, S.79; Stiner, Firmen, S. 10.

Zwar kannte der historische Gesetzgeber das Problem der Beteiligung juristischer Personen als Gesellschafter der KGaA oder der Handelsgesellschaften nicht; diese Probleme ergaben sich infolge der wirtschaftlichen Entwicklung erst im Laufe des 20.Jahrhunderts. Der historische Gesetzgeber hat sich daher bei der Fassung des Wortlauts keine Vorstellung von den Zweifelsfragen gemacht, die bei der Anwendung der die typischen Merkmale natürlicher Personen enthaltenen Bestimmungen entstehen konnten. Damit ist jedoch noch nichts für die Frage gewonnen, ob die auf natürliche Personen zugeschnittenen gesetzlichen Normen juristische Personen in der KGaA zulassen oder nicht. Dazu ist die Funktion dieser Normen und ihre Sinnerfüllung bei der Anwendung auf juristische Personen zu untersuchen.

Die in § 281 Abs.1 AktG geforderte Angabe der Personalien des Komplementärs hat ausschließlich Individualisierungsfunktion, nicht beinhaltet sie ein materielles Qualitätserfordernis [1]. Die Personalien bezwecken eine genaue Identifizierbarkeit des im Handelsregister einzutragenden Komplementärs [2]. Diese Funktion erfüllt die Firma der juristischen Person und die Angabe des Sitzes der Gesellschaft gleichermaßen [3]. Selbst dem Beruf der natürlichen Person steht bei der juristischen Person als Pendant der Gegenstand des Unternehmens gegenüber. Diese Angaben sind ausreichende Individualisierungshinweise bei juristischen Personen.

Dem Tod des Komplementärs als gesetzlicher Auflösungsgrund der KGaA entspricht die Vollbeendigung der juristischen Person [4]. Das Wettbewerbsverbot des § 284 AktG trifft als

---

1) vgl. Georgakopoulos, Gründung, S.72; Stiner aaO. S.10; Zielinski, Grundtypenvermischungen, S.67/68, 82.

2) vgl. Helm aaO. S.70; Pflug in NJW 71,346.

3) so allgemein, Hesselmann, GmbH & Co., S.80, 96,97; Stiner, Firmen, S.10; Zielinski aaO. S.82.

4) vgl. Hesselmann aaO. S.143/144; Nitschke, Personengesellschaft, S.49 mit weiteren Hinweisen auf die herrschende Lehre; streitig ist, ob die Auflösung bereits als Beendigungsgrund anzusehen ist.

Schutzvorschrift der KGaA vor Konkurrenzkampf im eigenen Internbereich mit seiner 1.Alternative auch voll die juristische Person in ihrer Eigenschaft als Komplementär der KGaA. Gleichfalls werden die Strafbestimmungen der §§ 399 bis 407 AktG, die gemäß § 408 AktG auf die KGaA sinngemäß anwendbar sind und, soweit sie Vorstandsmitglieder der AG betreffen, auch für die Komplementäre der KGaA gelten, bei Zulassung juristischer Personen zum Komplementär nicht inhaltslos. Die ehemals, mangels allgemeiner rechtlicher Regelung schwierige Frage [1], ob die Rechtsfigur der juristischen Person den hinter ihr stehenden natürlichen Personen totalen Rechtsschutz gewähre und ihre Organe in dieser Eigenschaft vor Strafsanktionen schütze, ist durch die Einführung des § 50 a StGB negativ entschieden worden. Auch die Organe juristischer Personen sind wie natürliche Personen unmittelbar strafrechtlichen Sanktionen unterworfen.

Der Sinngehalt einzelner, typischerweise auf natürliche Personen zugeschnittenen Normen der KGaA wird bei der Teilnahme einer juristischen Person als Komplementär der KGaA nicht angetastet. Daß der Gesetzeswortlaut dem Komplementär in einigen Fällen die typischen Merkmale einer natürlichen Person zuordnet, ist daher für die Frage der Zulässigkeit einer juristischen Person nicht von Belang.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Überlegung, daß der moderne Gesetzgeber trotz der Konfrontation mit den Problemen der GmbH & Co. und trotz einiger Neuregelungen im Recht der KGaA durch das Aktiengesetz von 1965 die Frage der Zulassung juristischer Personen als Komplementär nicht berührt hat. Daraus zu folgern, er habe damit entsprechend dem Wortlaut einzelner Bestimmungen der einhelligen [2] Mei-

---

1) vgl. hierzu OLG Hamburg in GmbHR 69,140 = NJW 69,1035.

2) insoweit ungenau OLG Hamburg in GmbHR 69,137 = NJW 69, 1032 und Helm aaO. S.70, wenn sie auf die "nicht einhellige" Meinung im Schrifttum hinweisen; sich dabei auf drei 30 bis 40 Jahre zurückliegende Kommentierungen zu berufen, von denen eine Meinung in neuerer Kommentierung bereits aufgegeben war, erscheint zur Charakterisierung der Frage

nung im Schrifttum, die eine juristische Person als Komplementär der KGaA ablehnte, folgen wollen [1], ist nicht angängig.

Durch das AktG 1965 wurde sowohl § 283 als auch § 76 AktG neugefaßt. Bei der Erweiterung des Katalogs des § 283 AktG hat der Gesetzgeber den Inhalt des § 76 AktG schon im Hinblick auf seine übrigen Regelungen einbezogen [2]. Trotz der leichten Verweisungsmöglichkeit auf die zwingende aktienrechtliche Bestimmung des § 76 Abs.3 AktG und der bekannten Kontroversen über die Zulässigkeit juristischer Personen als geschäftsführende Gesellschafter in Handelsgesellschaften hat der Gesetzgeber keine Anwendung des § 76 Abs.3 AktG ausgesprochen und die Frage der Zulassung juristischer Personen in der KGaA unbeantwortet gelassen. Will man dem Gesetzgeber nicht eine erhebliche Problemblindheit unterstellen oder das so oft bemühte Redaktionsversehen vorhalten, so läßt dieses Verhalten allein den Schluß zu, daß er die Beantwortung dieser eminent wichtigen gesellschaftsrechtlichen Frage bewußt keiner ausdrücklichen Regelung unterwerfen wollte, um sie vor einer gesetzgeberischen Entscheidung einer eingehenden Erörterung in Wissenschaft und Rechtspraxis zu überlassen. Das bewußte Offenlassen zukunftsweisender Rechtsfragen ist kein dem Gesetzgeber unbekanntes [3] zu mißbilligendes Verfahren. Gerade der dynamische Prozeß [4] der Veränderung der wirtschaftlichen Seinsgesetzlichkeiten zwingt den Gesetzgeber bei der Gestaltung des Gesellschaftsrechts oftmals zu einem derartigen, der Rechtssicherheit

---

der Zulassung juristischer Personen in der KGaA als "Streitfrage" angesichts der totalen Ablehnung des damaligen zeitgenössischen Schrifttums gekünstelt.

1) so LG Hamburg in Die AktG 1968, S.193.

2) so Möhring-Tank, Handbuch, S.273, Rnd. 625.

3) vgl. dazu Büttner, Identität, S.24, der auf das bewußte Offenlassen der Frage der Identität von Gründungsverband und vollendeter juristischer Person in § 41 AktG hinweist.

4) vgl. Geiler, Die wirtschaftsrechtliche Methode, S.8 (598).

widerstreitenden Verhalten, soll das Privatrecht seine Aufgabe als Hüterin anzuerkennender, menschlicher Interessen [1] und als Friedensstifterin [2] auch in diesem Rechtsbereich erfüllen können.

II. Spannungsverhältnis Aktienrecht und Handelsrecht

Die unübersichtliche Verweisungstechnik der §§ 278 Abs.2 und 3 und 283 AktG wirft die Frage auf, welche Vorschriften für oder gegen die Zulässigkeit juristischer Personen als Komplementär der KGaA heranzuziehen sind. Mit der Untersuchung der an den persönlich haftenden Gesellschafter zu stellenden Anforderungen ist der Inhalt und das Verhältnis von §§ 278 und 283 AktG angesprochen, die Frage nach dem die KGaA prägenden Kern ineinandergreifender, weitgehend zwingender aktienrechtlicher und mehr dispositiver handelsrechtlicher Bestimmungen. Nur das Verständnis dieser Bestimmungen ermöglicht einen Zugang zu den Besonderheiten der KGaA und ihrem persönlich haftenden Gesellschafter.
Der Inhalt und das Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander hat immer wieder im Zentrum der die KGaA betreffenden Streitfragen gestanden. War es einmal die Frage, ob die KGaA als juristische Person anzuerkennen sei [3], so ging es ein anderes Mal um die Möglichkeit einer gesellschaftsrechtlich begründbaren Pflicht für die Aktionäre, unter bestimmten Kautelen ihre Aktien an den Komplementär rückübertragen zu müssen [4]. Diese Streitfragen berührten den Kernbereich der §§ 278 und 283 AktG, ohne jedoch zu bewirken, daß ein

---

1) vgl. Heck, Rechtsgewinnung, S.4; Schwabe, Rechtsgebilde, S.181; vgl. auch Westermann, H., Person, S.5/6; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.93.

2) vgl. Büttner, Identität, S.60.

3) vgl. zum Streit vor der gesetzlichen Regelung im AktG 1937 Berger, S.24 ff; Müller-Erzbach, Handelsrecht, S.323/324, der über § 320 Abs.3 (278 Abs.3 AktG 1965) i.S. der herrschenden Meinung zur Bejahung kam; Reichau S.27 und 46 ff.

4) vgl. zum Streit 'Aktienauslosung' Godin, R. in DR 1940,

ernster Versuch unternommen worden wäre, das Verhältnis dieser Bestimmungen einer genaueren Prüfung zu unterziehen.

Das Verhältnis spielt auch für die hier zu beantwortende Frage eine nicht unerhebliche Rolle [1]. Über § 278 Abs.3 AktG könnte angesichts der hierin ausgesprochenen Vermutung für die Anwendung des Aktienrechts [2] verhältnismäßig leicht ein Eingreifen des § 76 Abs.3 AktG angenommen werden [3]. Das setzt aber voraus, daß § 278 Abs.3 AktG inhaltlich den Bereich der an den Komplementär zu stellenden Anforderungen betrifft.

1. Die Anwendung des § 278 Abs.2 oder § 283 AktG auf die Frage der Zulassung juristischer Personen als Komplementär wird allgemein abgelehnt und auf § 278 Abs. 3 AktG Bezug genommen [4]. Das erstaunt, weil sich gerade §§ 278 Abs.2 und 283 AktG speziell mit der Person des Komplimentärs und seinen Rechten und Pflichten befassen, eine Anwendung dieser Vorschriften daher naheliegend erscheint. Eine angemessene Erläuterung für die Ablehnung der naheliegenden Lösung findet sich nicht.

Gessler [5] sieht für § 278 Abs. 2 AktG keinen Raum, weil diese Vorschrift für die hier anstehende Frage nur eingrei-

---

S.1445; Würdinger in ZAK 1940,314; heute eindeutig ablehnend Winkler in NJW 70,1066.

1) Das wird nicht immer erkannt, sondern sogleich auf die "Natur" der KGaA zurückgegriffen; vgl. Godin-Wilhelmi, AktG § 278 Anm.6; Koenig S.11; Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 219 Anm.9.

2) so Pflug in NJW 71,346.

3) so z.B. Gessler, AktG, § 278 Anm.2; Joens aaO. S.31.

4) so Gessler, AktG, § 278 Anm.2; Grobe in NJW 68, 1709; Pflug in NJW 71, 345, 346; auch Helm S. 72; offen OLG Hamburg in GmbHR 69, 138 = NJW 69, 1033/1034; a.A. allein Möhring-Tank, Handbuch, S.272/273, Rnd. 625.

5) Gessler, AktG, § 278 Anm.2 und in WK-Reihe § 278 Anm. 2.

fen könne, wenn der persönlich haftende Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber als Dritter anzusehen sei. Warum dies so sein soll, läßt Gessler unerwähnt.

Daß der Komplementär der KGaA als Dritter gegenüberstehen kann [1], will auch Gessler nicht anzweifeln. Wenn er die Drittstellung von Komplementär und KGaA hinsichtlich der Zulassung juristischer Personen verneint, so wohl deshalb, weil der Komplementär strukturell notwendiger Teil der KGaA ist, er also innerhalb des Gesellschaftsverhältnisses, nicht aber, wie es für die Position eines Dritten kennzeichnend ist, durch ein außerhalb der Gesellschaftsbeziehungen begründetes Rechtsverhältnis der Gesellschaft gegenübersteht.

Daß Komplementär und KGaA auch im Rahmen des Gesellschaftsverhältnisses nicht notwendig als Einheit behandelt werden müssen, zeigt sich für den Bereich des Steuerrechts. Die Gewinnanteile des persönlich haftenden Gesellschafters, die nicht auf sein Aktienkapital entfallen, unterliegen allein der Einkommensteuer [2], sie sind nicht bei der KGaA zu versteuern. Steuerrechtlich wird der Komplementär der KGaA gegenüber als Dritter behandelt [3].

Bereits aus diesem Beispiel ergibt sich, daß der Begriff des Dritten in § 278 Abs. 2 AktG nicht zwangsläufig den Komplementär der KGaA ausschließt. Der entscheidende Vorhalt, den sich Gessler machen lassen muß, liegt jedoch darin, daß er eine isolierte Interpretation des Begriffs 'Dritter' vornimmt, ohne sich den entstehungsgeschichtlichen Hintergrund des § 278 Abs. 2 AktG und der inhaltlichen Schachtelung des § 278 AktG zu vergegenwärtigen. Eine Untersuchung der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift ergibt nämlich, wie

---

1) z.B. bei Darlehnsgewährung oder Verkauf eines Grundstücks.

2) vgl. Buchwald-Tiefenbacher, Die zweckmäßige Gesellschaftsform, S. 90; Ott, Jürgen aaO. S. 34.

3) vgl. Ott, Jürgen, aaO. S. 83.

sich noch zeigen wird, daß § 278 Abs. 2 AktG die gesamte Stellung des Komplementärs erfaßt.

Diesen Vorwurf müssen sich auch die Autoren gefallen lassen, die apodiktisch erklären, bei allen wesentlichen strukturellen Fragen müsse § 278 Abs. 3 AktG Anwendung finden [1], § 278 Abs. 2 AktG betreffe allein die allgemeine, der Vertragsfreiheit unterliegende organisatorische Zuständigkeitsverteilung. Dies ist eine Behauptung, die selbst einer Begründung bedarf, aber eine solche nicht ersetzt.

Im übrigen birgt die Allgemeinheit dieser These ihre Fehlerhaftigkeit in sich. Die wesentlichen strukturellen Fragen der KGaA betreffen die Person des Komplementärs, der der Eigenart der KGaA im Vergleich zu den anderen Handelsgesellschaften ihr Gepräge gibt. Seine gesamten Beziehungen zu Gesellschaftern und Nichtgesellschaftern der KGaA sind nicht den Regeln des Aktienrechts, sondern ausdrücklich denen des Handelsgesetzbuchs über die KG unterstellt. Sind dies unwesentliche Fragen für die Struktur der KGaA? Das kann nicht sein, weil die KGaA Gestalt erst durch die personenrechtlich geprägte Stellung des Komplementärs erhält.
Die Auffassung vom Vorrang des Aktienrechts stößt sich auch am Wortlaut des § 278 Abs. 3 AktG, der den dem Aktienrecht eigenen Gestaltungszwang i.S. des § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG nur mit dem Vorbehalt vorschreibt, daß sich nicht aus dem Fehlen des Vorstands bei der KGaA etwas anderes ergibt. Trotz dieser Ungereimtheiten den prinzipiellen Vorrang des Aktienrechts zu postulieren, erweist sich als eine Hypothese, die bei näherer Betrachtung der Motive der Schachtelung in § 278 AktG in dieser Allgemeinheit nicht haltbar ist.

Die Schachtelung des Gesetzes verlangt ein Eingehen auf die inhaltliche Reichweite der Normen, das ohne Blick auf die

---

1) Würdinger in ZAK 40, 315; Helm aaO. S. 72; Joens S. 20/21; wohl auch Baumbach-Hueck, AktR, § 278 Anm. 8.

Entstehungsgeschichte der Vorschriften nicht erfolgreich sein kann. Die Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen kann dabei aufschlußreich sein und Hinweise auf den Willen des Gesetzgebers geben. Wenn der Gesetzgeber auch nur einen Text, nicht aber seine Auslegung verbindlich machen kann [1], so können doch seine Vorstellungen Fingerzeige für eine sinnvolle, insbesondere im Hinblick auf die Gesamtkonzeption eines Gesetzes vernünftige Interpretation der einzelnen Bestimmungen sein.

Eine dem § 278 AktG entsprechende Konzeption findet sich erstmals in § 311 des Entwurfs eines HGB von 1897. Durch § 320 wurde er in seinem heutigen Wortlaut [2] im AD HGB von 1897 Gesetz. § 283 AktG fand mit einem später allerdings erheblich erweiterten Katalog der anwendbaren aktienrechtlichen Vorschriften Eingang in § 325 AD HGB. Im AD HGB von 1897 wurde die KGaA erstmals in Anlehnung an die AG hinter dieser Gesellschaftsform geregelt. Nachdem in neuerlicher Beratung die Abschaffung der KGaA abgelehnt worden war, erachtete man angesichts des geringen Vorkommens dieser Gesellschaftsform eine wesentliche Vereinfachung der umfangreichen Vorschriften [3] des Handelsgesetzbuchs über die KGaA für wünschenswert [4]. Zu diesem Zweck bediente sich der Gesetzgeber der im HGB so beliebten Schachtelung [5]. Leitgedanke bei der Neufassung der KGaA-Vorschriften war die Vereinfa-

---

1) Seifert in NJW 72, 1740.

2) Unterschiedlich allein die Legaldefinition der KGaA in § 320 Abs. 1 (heute § 278 Abs. 1).

3) genaue Regelung der Einzelheiten der KGaA in §§ 173 bis 206 des HGB von 1884 im Anschluß an die KG.

4) vgl. Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Entwurf eines Einführungsgesetzes in Materialien zum Handelsgesetzbuch , Berlin 1897, S.84.

5) Ritter, AktG, § 219 Anm.3a, der den 'besonderen Erfolg' dieser Vorliebe des Gesetzgebers bei der KGaA hervorhebt.

chung, die durch einen engeren Anschluß der KGaA an die AG erreicht werden sollte, wobei die bei der AG zur Sicherung der Gläubiger und Aktionäre vorgesehenen Schutzmaßnahmen nunmehr auch für die KGaA zur Anwendung kommen sollten [1]. Folglich wurde im Gegensatz zur früheren Regelung eine allgemeine Anwendung des Aktienrechts bestimmt [2]. Ausgenommen von dieser Regelung wurden jedoch die der KGaA eigentümliche Stellung des Komplementärs [3] sowie dessen Rechte und Pflichten. Sie wurden einer besonderen Normierung in §§ 320 Abs.2 und 325 AD HGB unterzogen. Danach galten für den Komplementär grundsätzlich die Regelungen des Handelsgesetzbuches bezüglich KG und OHG. Dem wurde dadurch Ausdruck verliehen, daß die Kernstücke der OHG- und KG-Vorschriften durch Verweisung auf die im HGB verwandten Titelüberschriften im KGaA-Recht ausdrücklich verankert wurden [4].

Die nur in ihrer engen Anlehnung an die KG zu begreifende Stellung des Komplementärs prägt in ihrer Eigenart die Besonderheit der KGaA. Diese Besonderheit sollte erklärtermaßen nicht durch die Neuregelung der KGaA hinter der AG beseitigt werden. Das Ziel der Neuregelung, dem geringen tatsächlichen Vorkommen der KGaA eine entsprechende gesetzliche Regelung anzupassen, würde verkehrt, wollte man die Erklärung der Anwendung dispositiver KG-Normen auf den Komplementär als rein organisatorische Zuständigkeitsregelung [5] ansehen. Die Vereinfachung der KGaA wäre in Wahrheit eine totale

---

1) vgl. Entwurf in Materialien S.84, 85.

2) heute § 278 Abs.3 AktG; damals Entwurf § 311 Abs.3, AD HGB § 320 Abs.3; vorherige Regelung: im Zweifel Anwendung des KG-Rechts.

3) vgl. Müller-Erzbach, Handelsrecht, S.323/324; Ott, Jürgen, S.23, Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters der KGaA entspricht der des Komplementärs in der KG.

4) z.B. 2.Titel: Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander, §§ 109-120; 3.Titel: Rechtsverhältnisse der Gesellschafter zu Dritten, §§ 123-130.

5) so Würdinger in ZAK 40,315; auch Joens aaO. S.22.

Veränderung der geschichtlich gewachsenen Gestalt der KGaA. Das widerspricht dem Willen des Gesetzgebers von 1897. Er wollte der personenrechtlich geprägten Stellung des Komplementärs einen der AG entsprechenden, körperschaftlich strukturierten Verband der Kommanditaktionäre mit den damit verbundenen Kontrollrechten gegenüberstellen. Die gesamte Stellung des Komplementärs der KGaA sollte wie bisher grundsätzlich im KG-Recht wurzeln. Dazu gehören natürlicherweise auch die an die Person des Komplementärs zu stellenden Anforderungen. Nur so ist auch ohne gekünstelte Erklärungen zu verstehen, daß der Gesetzgeber trotz der im übrigen bestehenden Generalverweisung auf das Aktienrecht für einzelne Rechte und Pflichten des Komplementärs eine besondere Anwendung des Aktienrechts bestimmte [1]. Diese umständliche gesetzliche Ausgestaltung wäre überflüssig gewesen [2], hätte § 320 Abs.2 AD HGB 1897 [3] nur das Verhältnis der Komplementäre untereinander und ihr Verhältnis zu den Kommanditaktionären sowie die Geschäftsführung und Vertretung [4] in der KGaA dem KG-Recht unterwerfen wollen. Schon die erste Ziffer des § 325 AD HGB [5], die die Anwendung des AG-Rechts bezüglich Anmeldung, Einreichungen und Erklärungen zum Handelsregister vorschrieb, macht dies deutlich. Da die diesbezüglichen Vorschriften für KG und OHG nicht in § 320 Abs.2 AD HGB [6] erwähnt waren, hätte bereits nach § 320 Abs.3 AD HGB komplikationslos Aktienrecht Anwendung gefunden.

---

1) vgl. § 325 AD HGB, heute § 283 AktG.

2) so konsequenterweise Joens aaO. S.40.

3) heute § 278 Abs.2 AktG.

4) vgl. zu diesem Inhalt des § 278 Abs.2 AktG Gierke, J., Handelsrecht, S.399.

5) ähnlich heute § 283 Nr.1 AktG 1965.

6) Diese Vorschrift nimmt ausdrücklich keinen Bezug auf die in der 1.Titelüberschrift für OHG und KG bestimmten §§ 105-108.

In der detaillierten Aufzählung der Rechte und Pflichten des Komplementärs durch § 325 AD HGB lediglich eine nochmalige Klarstellung zu sehen [1], ist nicht mit der Leitidee in Einklang zu bringen, den Umfang der gesetzlichen Regelung der KGaA der geringen Zahl der Unternehmungen dieser Art anzupassen. Dem Gesetzgeber muß folglich etwas anderes als eine überflüssige Aufzählung bei der Ausgestaltung der §§ 320 Abs.2 und § 325 AD HGB vorgeschwebt haben. Seine Vorstellung war, daß die gesamte Stellung des Komplementärs der Generalverweisung auf das Aktienrecht entzogen war. Sie basierte in Übereinklang mit der historischen Entwicklung im KG-Recht. Darum mußte für die Fälle, in denen der Komplementär dem Vorstand der AG gleichgestellt werden sollte, eine ausdrückliche Regelung vorgesehen werden. Das geschah durch § 325 AD HGB [2].

An dieser grundlegenden, der historischen Entstehung und Entwicklung entsprechenden Entscheidung haben die Gesetzgeber von 1937 und 1965 nichts geändert. Die Stellung des Komplementärs der KGaA ist daher abschließend von §§ 278 Abs.2 und 283 AktG erfaßt. Insoweit kann § 278 Abs.3 AktG als lex generalis gegenüber den Spezialregelungen in §§ 278 Abs.2 und 283 AktG nicht eingreifen. Die Frage, ob eine juristische Person Komplementär der KGaA sein kann, ist daher allein aus dem Zusammenspiel von §§ 278 Abs.2 und 283 AktG zu beurteilen, der Weg nach § 278 Abs.3 AktG ist nicht geöffnet [3]. Eine Vermutung für die Anwendung des Aktienrechts besteht nicht [4]. Der von der Vielzahl der Befürworter der Ablehnung juristischer Personen in der KGaA so geschätzte Weg der Anwendung des § 76 Abs.3 AktG über § 278 Abs.3 AktG ist versperrt.

---

1) vgl. für § 283 AktG so Balser, AktG, Bd.I, S.184; Joens S.40.

2) vgl. Entwurf in Materialien, S.85, nur "gewisse Rechte und Pflichten des Vorstands" sollen für den Komplementär gelten.

3) a.A. Grobe in NJW 68,1709; Gessler, AktG, § 278 Anm.2; Helm aaO. S.72; Joens S.31.

4) so aber Pflug in NJW 71,346.

2. Damit steht aber nicht bereits die Nichtanwendbarkeit des § 76 Abs.3 AktG auf die KGaA fest. Ob zwingendes Aktienrecht oder nachgiebiges Handelsrecht auf die Frage der Zulassung juristischer Personen in der KGaA anzuwenden ist, richtet sich nach dem Verhältnis von § 278 Abs.2 und 283 AktG.
Auch § 283 AktG huldigt der beliebten Verweisungstechnik des Gesetzgebers. § 76 Abs.3 AktG ist nicht in dem Katalog der auf den Komplementär anwendbaren aktienrechtlichen Vorschriften über den Vorstand erwähnt. § 283 Nr.3 AktG bezieht sich hinsichtlich der Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit lediglich auf §§ 53 und 93 AktG, läßt aber keinen Schluß auf § 76 Abs.3 AktG zu [1].

Allgemein anerkannt ist der zwingende Charakter des § 283 AktG [2]. Für die hierin aufgeführten Fälle konstatiert diese Vorschrift den Vorrang des Aktienrechts vor dem Handelsrecht. Die Schwierigkeit liegt jedoch in der Erfassung des Inhalts dieser Vorschrift. Die abstrakte Verweisungstechnik des Gesetzes entbindet nicht von einer spezifischen Einzeluntersuchung, ob Aktien- oder Handelsrecht zur Anwendung kommt. So weist § 283 Nr.3 AktG auf die Anwendung des § 93 AktG hin. § 93 Abs.5 AktG, der nur in bestimmten Fällen den Gläubigern die Inanspruchnahme der insoweit Vorstandsmitgliedern gleichgestellten Komplementäre ermöglichen würde, wird durch § 128 HGB überlagert und materiell außer Kraft gesetzt.

Die Frage des Vorrangs eines Rechtsgebiets ist von untergeordneter Bedeutung in den Fällen, in denen Aktien- und Handelsrecht gleiche Regelungen enthalten. Problematisch sind

---

1) allg. Meinung, vgl. Pflug in NJW 71,346; OLG Hamburg in GmbHR 69,132 = NJW 69,1034.

2) Baumbach-Hueck, AktG, § 283 Anm.2; Möhring-Schwartz u.a., Die Aktiengesellschaft, S.276; Obermüller u.a., Aktiengesetz, S.164; OLG Hamburg in NJW 69,1034.

die Fälle, in denen beide Rechtsgebiete unterschiedliche Lösungen aufzeigen. Die überwiegende Meinung [1] begegnet dieser Schwierigkeit damit, daß sie die numerische Aufzählung der auf die Komplementäre anwendbaren aktienrechtlichen Vorschriften in § 283 AktG für erschöpfend hält. Eine Begründung wird hierfür nicht gegeben [2]. Es läßt sich auch schwerlich ein relevanter Grund für die erschöpfende Aufzählung finden, wenn über die Generalverweisung des § 278 Abs.3 AktG die allgemeine Anwendung des Aktienrechts zum Zuge kommt [3]. Die Inhaltsbestimmung des § 283 AktG ist nach dieser Auffassung überflüssig und bedeutungslos. Von Bedeutung ist die Frage der erschöpfenden Aufzählung des § 283 AktG jedoch nach der hier vertretenen Auffassung, daß die gesamte Stellung des Komplementärs abschließend von §§ 278 Abs.2 und 283 AktG erfaßt wird. Mangels ausdrücklicher Erwähnung des § 76 Abs.3 AktG müßte bei der Annahme der erschöpfenden Regelung des § 283 AktG ein Eingreifen dieser für den Vorstand der AG geltenden Vorschrift für den Komplementär abgelehnt werden.

Nicht gegen eine abschließende Regelung kann nach der hier vertretenen Auffassung § 278 Abs.3 AktG [4] sprechen, weil § 278 Abs.3 AktG den von § 283 AktG geregelten Spezialbereich nicht erfaßt. Ob sich die Auffassung, § 283 AktG enthalte eine erschöpfende Aufzählung anwendbarer aktienrechtlicher Vorschriften, halten läßt, soll an zwei nicht im Katalog des § 283 AktG aufgeführten Fällen untersucht werden.

a. Der Vorstand einer abhängigen AG, die mit dem herrschenden Unternehmen nicht durch einen Beherrschungsvertrag ver-

---

1) so Baumbach-Hueck, AktG, § 283 Anm.2; Godin-Wilhelmi, AktG, Anm. zu § 283; Gail in WP 66,426; Obermüller aaO. S.164; offen Helm S.72.

2) Allenfalls wird darauf hingewiesen, daß dies anerkanntermaßen so sei; vgl. OLG Hamburg in GmbHR 69,139 = NJW 69, 1034.

3) vgl. Baumbach-Hueck, AktG, § 278 Anm. 8 und 9; Pflug in NJW 71,345/346.

4) so Joens aaO. S.40.

bunden ist, ist gemäß § 312 AktG zur Erstellung eines Berichts über ihre Beziehungen zu verbundenen Unternehmen [1] verpflichtet. Eine derartige Verpflichtung für den Komplementär einer abhängigen KGaA sehen die Vorschriften über die Verantwortlichkeit bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages [2] nicht vor. Auch § 283 Nr.11 AktG erfaßt diesen Fall nicht, da mit der 'Rechnungslegung im Konzern' allein die unter dieser Überschrift zusammengefaßten Bestimmungen der §§ 329 ff AktG [3], nicht aber die Berichtspflicht im faktischen Konzern gemeint ist.

Eine Verpflichtung des Komplementärs der KGaA läßt sich auch nicht aus der Strafvorschrift des § 407 AktG, die nach § 408 AktG auch für die KGaA gilt, ableiten [4]. Diese Vorschrift droht zwar bei Verstoß gegen die Berichtspflicht des § 312 AktG eine Ordnungsstrafe an. Sie erfaßt damit jedoch erst den Bereich nach der Verletzung einer auferlegten Pflicht. Ihr kommt die Aufgabe zu, der Einhaltung einer bestehenden Verpflichtung Nachdruck zu verleihen und ihre Außerachtlassung durch Androhung von Nachteilen zu verhindern. Die Strafvorschriften der §§ 407, 408 AktG setzen ihrem ganzen Aufbau nach die Pflicht zu einem ordnungsgemäßen Handeln voraus, sie selbst haben aber keinen pflichtenbegründenden Charakter. Weder erweitern sie noch verringern sie den Katalog der Pflichten des Komplementärs.

---

1) Der Regierungsentwurf nannte diesen Bericht 'Abhängigkeitsbericht'; vgl. BT IV, Nr.171, S.70, § 361; dieser Name wurde vom Bundestag in "Bericht über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen" geändert, weil die Bezeichnung Abhängigkeitsbericht als Diskriminierung des abhängigen Unternehmens angesehen wurde, vgl. Kropff, Aktiengesetz, S.412. Gleichwohl hat sich in der Literatur die Bezeichnung Abhängigkeitsbericht durchgesetzt. Sie soll auch hier aus Gründen der Einfachheit im folgenden verwandt werden.

2) eingeführt durch das AktG 1965 in §§ 311-318.

3) vgl. Baumbach-Hueck, AktG, § 283 Anm.3.

4) so auch Gail in WP 66,429.

Würde § 283 AktG nun eine abschließende Regelung darstellen, müßte für den Komplementär einer abhängigen KGaA, für die kein Beherrschungsvertrag besteht, eine Verpflichtung zur Erstellung eines Abhängigkeitsberichts abgelehnt werden [1]. Dies würde der Intention des Gesetzgebers, der in § 311 AktG die abhängige KGaA ausdrücklich erwähnt, nicht entsprechen. Da die Vielzahl anonymer Aktionäre [2] bei der Beherrschung durch ein anderes Unternehmen auch bei der KGaA des Schutzes durch einen Abhängigkeitsbericht bedarf, besteht kein Grund für eine unterschiedliche Behandlung von AG und KGaA [3]. Eine sachgemäße Lösung des Problems bietet allein eine interessengerechte Erweiterung des Katalogs des § 283 AktG um die Pflicht des persönlich haftenden Gesellschafters einer abhängigen KGaA, bei Fehlen eines Beherrschungsvertrages einen dem § 312 AktG genügenden Abhängigkeitsbericht zu erstatten [4].

b. Der zweite Fall betrifft die Verpflichtung des persönlich haftenden Gesellschafters zur Auskunfterteilung gegenüber den Kommanditaktionären.

Da § 283 AktG keine besondere Regelung einer derartigen Verpflichtung enthält, könnte nach dem Wortlaut des § 278 Abs.2 AktG eine solche Verpflichtung des Komplementärs nur der Gesamtheit der Kommanditaktionäre gegenüber bestehen. Der Auskunft begehrende Aktionär müßte zunächst in der Hauptversammlung einen sein Verlangen unterstützenden Mehrheitsbeschluß herbeiführen, bevor der Komplementär zur Auskunftser-

---

1) dieser Auffassung ist Gail in WP 66,429.

2) Angesichts der kleinen Zahl der GmbH-Gesellschafter sieht der GmbH-Entwurf keinen Abhängigkeitsbericht vor; vgl. dazu Peter, Neuzeitliche Gesellschaftsverträge, S.358.

3) Das räumt auch Gail in WP 66,429 ein, sieht aber mangels einer entsprechenden Verweisung keine Möglichkeit für eine Verpflichtung des Komplementärs der KGaA.

4) wie hier im Ergebnis - ohne Begründung - Godin-Wilhelmi, AktG, § 312 Anm.2; so auch Biedenkopf-Koppensteiner in Kölner Kommentar, § 312 Anm. 5.

teilung verpflichtet wäre [1].

Dies entspräche der Handhabung des Auskunftsrechts in Kapitalgesellschaften nach dem gesetzlichen Stand vor Erlaß des Aktiengesetzes von 1937 [2]. Erst in § 112 des Aktiengesetzes von 1937 fand der Individualauskunftsanspruch des Aktionärs Niederschlag [3]. Begründet wurde er damit, daß die Mitbestimmungsrechte und Stimmrechte des Aktionärs nur sachgemäß ausgeübt werden könnten, wenn dem einzelnen Aktionär auch ein Fragerecht eingeräumt werde [4]. Das Aktiengesetz von 1965 baute den Individualauskunftsanspruch des Aktionärs weiter aus [5]. Die zugunsten des Einzelaktionärs getroffene Regelung des Auskunftsrechts gehört zum Kernbereich der Schutzrechte des Aktionärs [6]. Diese Rechte sollten nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers von 1897 in der KGaA seßhaft werden. Die sinngemäße Anwendung des § 131 AktG [7]

---

1) dahin tendierend wohl Joens S.47, wenn er ausführt, die Kommanditisten könnten ihre Rechte nur im Verband geltend machen; wohl auch Barz in Gadow GroßK AktG, § 219 Anm.14.

2) vgl. dazu RG in RGZ 82,182 (186); RG in RGZ 105,40 (42); Deuss, Das Auskunftsrecht, S.1, 15.

3) vgl. Ebenroth, Das Auskunftsrecht, S.9.

4) RG in RGZ 167,151 (156); BGH in BB 57,899; Barz in BB 57, 1253; Deuss, Das Auskunftsrecht, S.17,42.

5) insbesondere §§ 131, 132 AktG.

6) Das Individualauskunftsrecht wird auch im neuen GmbH-Recht - § 85 RegEntwurf - verankert; vgl. Ebenroth, Die Geschäftsführerkontrolle, S.17 mit weiteren Nachweisen für die überwiegende Meinung in Literatur und Rechtsprechung; umstritten ist die Frage des Individualauskunftsrechts noch bei der bergrechtlichen Gewerkschaft; vgl. dafür Miesbach-Engelhardt, Bergrecht, § 101 Anm.2 a; Seume aaO. S.144 (145); a.A. überw.Lit. Ebel-Weller, ABG, § 111 Anm.4 und § 121 Anm.2; Boldt, ABG, § 121 Anm.4; Müller-Erzbach, ABG, S.260.

7) im Ergebnis wie hier wohl Würdinger, AktR, S.246.

auf die KGaA kann auch hier nur durch eine interessengerechte Expansion des Pflichtenkatalogs des Komplementärs zur Auskunfterteilung gemäß §§ 283, 131 AktG erfolgen.

Diese Beispiele mögen genügen, um zu zeigen, daß der überwiegenden Meinung, § 283 AktG enthalte eine erschöpfende Aufzählung der nach Aktienrecht zu beurteilenden Rechte und Pflichten des Komplementärs, nicht gefolgt werden kann [1]. Damit stellt sich die Frage, nach welchen Kriterien bei widerstreitendem Aktien- und Handelsrecht [2] eine Entscheidung für die Anwendung des einen oder des anderen Rechtsgebiets zu treffen ist, wenn das die Stellung des Komplementärs berührende Problem nicht ausdrücklich im Katalog des § 283 AktG erfaßt ist.

Eine Patentlösung für diese Frage gibt es nicht. Eine schematische Anwendung des einen oder des anderen Gebietes ist nicht sachgemäß. Auch hier scheint es wiederum sinnvoll, sich die gesetzgeberische Motivation bei der äußeren Anpassung der KGaA an die AG in Erinnerung zu rufen. Die Vereinfachungsabsicht bedeutete eine grundsätzliche Beibehaltung der im KG-Recht wurzelnden Stellung des Komplementärs unter Übernahme der für die AG bewährten Gläubiger- und Aktionärsschutzvorschriften [3]. Transponiert man diese Zielvorstellung auf die Ausfüllung lückenhafter Regelungen für die KGaA, so muß die Anwendung des Handelsrechts auf die Stellung des Komplementärs dort aktienrechtlichen Bestimmungen weichen, wo ein Interessenvergleich zwischen aktienrechtli-

---

1) wie hier lediglich Joens S.40 - aber wegen § 278 Abs.3 AktG- und Möhring-Schwartz u.a., Die Aktiengesellschaft, S.276.

2) Mit einem grundsätzlichen aktienrechtlichem Vorrang, so Würdinger ZAK 40,316 und Joens S.21, wohl auch Baumbach-Hueck, AktG, § 278 Anm.9, wird § 278 Abs.2 AktG überspielt und eine nicht gewollte Annexion der KGaA durch die AG durchgeführt.

3) vgl. Entwurf in Materialien zum Handelsgesetzbuche, S.84, 85.

chen und handelsrechtlichen Bestimmungen eine bewußte aktienrechtliche Entscheidung zugunsten von Aktionärs- oder Gläubigerinteressen ergibt oder Ausdruck einer allgemeinen, unabdingbaren materiellen Gerechtigkeitsvorstellung ist. Wo eine solche Entscheidung gegen die weitgehende, das Handelsrecht kennzeichnende Inhaltsgestaltungsfreiheit nicht festzustellen ist, muß dieser Freiheit der Vorzug vor einer stereotypen Anwendung des zwingenden AG-Rechts gegeben werden.

C. Strukturelemente in der KGaA

Handels- und Aktienrecht prägen für ihre Gesellschaftsformen unterschiedliche Strukturelemente. Die KGaA vereinigt beides in sich zu einer funktionsfähigen Einheit. In dieser Kombination von Vorschriften der auf Individuen abgestellten Gesellschaftsform und einer solchen, welche auf versachlichten Mitgliedschaftsverhältnissen beruht, von Personengesellschaft und juristischer Person, von dispositivem Gesellschaftsrecht und zwingendem Körperschaftsrecht liegt die besondere Schwierigkeit der rechtlichen Erfassung der KGaA [1].

I. Allgemeine Abgrenzung

Der Zusammenschluß von Personen vollzieht sich im Aktienrecht nach anderen Grundprinzipien als im Recht der Personengesellschaften.

1. Gemeinhin wird nach der Basis der Beziehungen der Gesellschafter unterschieden zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft, ohne daß diesen in der Lehre entwickelten Grundformen allerdings eine starre Grenze innewohnt [2]. Sinn dieser

---

1) Würdinger, Aktienrecht, S.239.

2) vgl. Buchwald-Tiefenbacher, Die zweckmäßige Gesellschaftsform, S.26; Schilling in JZ 53,492; Simon-v.Schönfeld S.6; Westermann, H., Handbuch, Rnd. 16-18; Winkler in NJW 70,1065.

Charakterisierung einzelner Gesellschaftsformen ist es, die nach dem Gesetz regelmäßig auftauchenden Strukturelemente einer Gesellschaft zusammenzufassen [1]. Die Terminologie ist nicht immer einheitlich. Teils wird der Kapitalgesellschaft als charakteristischer Bezugspunkt die Willensbildung [2], teils ihre Fähigkeit, Trägerin von Rechten und Pflichten zu sein [3], zugeordnet. Diese Aussagen treffen im Kern nicht die primären Unterscheidungsmerkmale von Kapital- und Personengesellschaft, sondern befassen sich erst mit den sich auf Grund der unterschiedlichen Basis entwickelten Folgen.

Die Personengesellschaft ist gekennzeichnet durch ihre Herkunft aus dem Einzelunternehmen [4]. Sie bezweckt primär eine Potenzierung der Arbeitskraft des Einzelunternehmers durch Beteiligung weiterer Personen [5]. Sie fußt auf der Persönlichkeit und der persönlichen Leitung der das Unternehmen selbst führenden Gesellschafter [6]. Ihre unbeschränkte Haftung hat mangels feststehenden Gesellschaftsvermögens Garantiefunktion für die Gläubiger der Gesellschaft.

Demgegenüber ist die Kapitalgesellschaft geprägt von der Beteiligung der Gesellschafter durch die Hingabe von Kapitalien [7]. Aufgabe ihrer Gesellschafter ist allein, das

---

1) Zu Recht weist Geiler, Die wirtschaftsrechtliche Methode, S.9(599), darauf hin, daß eine schablonenhafte Einteilung der Fülle der Erscheinungen nicht gerecht wird.

2) vgl. Ott, Claus, Typenzwang, S.50, Fußnote 36.

3) vgl. Buchwald-Tiefenbacher, Die zweckmäßige Gesellschaftsform, S.18; Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S.15.

4) Winkler in NJW 70, 1065.

5) Zielinski, Grundtypenvermischungen, S.9.

6) vgl. BVerfG in GmbHR 68,228; Koenig S.10; Simon-v.Schönfeld S.5.

7) vgl. Simon-v.Schönfeld, Gesellschaftsformen, S.5; Westermann, H., Handbuch, Rnd. 18.

entsprechende Kapital in die Gesellschaft einzubringen. Die Kapitalbeteiligung bestimmt den Umfang der Mitgliedschaftsrechte und führt zur Unmaßgeblichkeit der einzelnen, meist zahlreichen Gesellschaftsmitglieder [1]. Das gesamte eingebrachte Kapital bildet das Garantievermögen für die Gläubiger [2].

2. Die unterschiedlichen Grundpflichten der Gesellschafter bei Kapital- und Personengesellschaft bedingen eine andersartige innere Organisation. Zwangsläufige Folge der massenhaften, unpersönlichen Gesellschaftsbeteiligung in der Kapitalgesellschaft ist die Notwendigkeit einer Organisation, die trotz der Vielzahl der Mitglieder eine einheitliche Willensbildung und Geschäftsführung ermöglicht. Dazu dient der Kapitalgesellschaft die ihr eigene körperschaftliche Verfassung.

Sie ist darauf abgestellt, die Gesellschaft nach innen wie auch nach außen zu einem selbständigen Ganzen zusammenzufügen, das von den Mitgliedern getrennt gedacht werden kann und von ihrem Wechsel unabhängig ist [3]. Im Zentrum der körperschaftlichen Verfassung steht die Satzung. Sie enthält eine Summe von Normen, die die innere und äußere Organisation der Gesellschaft regeln [4]. Lediglich die im Gründungsvertrag festgelegte Satzung hat Vertragscharakter [5]. Mit dem ins-Leben-Treten der Gesellschaft [6] verliert sie diesen

1) vgl. Winkler in NJW 70,1065.

2) vgl. Zielinski, Grundtypenvermischungen, S.13, der die Unantastbarkeit des Grundkapitals betont.

3) Westermann, H., Handbuch, Rnd.20; obwohl Körperschaft nicht zwingend juristische Persönlichkeit verlangt; Wenninger, Personengesellschaften, S.9.

4) vgl. Georgakopoulos, Gründung, S.67.

5) Georgakopoulos aaO. S.102; Westermann, H., Handbuch,Rnd.25.

6) Das ist die Eintragung im Handelsregister, vgl. § 41 I AktG, § 11 GmbHG, § 13 GenG; anders bei der bergrechtlichen Gewerkschaft in NRW, § 94 Abs.3 ABG: Entstehen mit Aushändigung der Bestätigungsurkunde durch das Oberbergamt.

Charakter und wird zur Körperschaftsverfassung [1]. Ohne besonderen Vertragsabschluß regelt sie kraft ihres Rechtscharakters die Rechte und Pflichten zwischen Mitglied und Gesellschaft. Körperschaftliche Strukturelemente sind daher Merkmale, die sich aus der Vielheit der einzelnen und der Einheit des Ganzen ergeben und es der Gesellschaft ermöglichen, als einheitliches Gebilde zu funktionieren [2]. Die Organisation dieses Gebildes darf nicht beliebig verändert werden [3]. Die Kapitalgeber bedürfen für ihre Kapitalhingabe der Sicherung durch objektive Maßnahmen [4]. Dies geschieht durch eine weitgehend verbindliche Organisation und durch die Begrenzung und Kontrolle der Verwaltung, da die Disposition über das Kapital nicht von denjenigen vorgenommen wird, die es aufgebracht haben. Das mündet in der bei den Kapitalgesellschaften anzutreffenden Dritt- oder Fremdorganschaft [5]. Eine wirksame Kontrolle der Verwaltung verlangt aber die Ermittlung und Ausbildung des Gesamtwillens der Kapitalgeber. Dafür ist ein eigenes Mitorgan [6] erforderlich, in dem entsprechend der unpersönlichen Leistung, dem Aufbringen des Kapitals, die Mehrheit des Kapitals den Gesamtwillen bildet. Das ist der körperschaftliche Grundsatz der Bildung des Gesamtwillens nach dem Mehrheitsprinzip [7].

Andere Organisationsverhältnisse weist die personenrechtliche Struktur auf. Sie basiert auf der Bildung einer Gemein-

---

1) vgl. Westermann, H., Handbuch, Rnd.25; das hat insbesondere Bedeutung für die Auslegung; während die Auslegung des Gesellschaftsvertrages Tatsachenwürdigung ist, ist die der Satzung eine Rechtsprüfung.

2) vgl. Wenninger, Personengesellschaften, S.5.

3) Pflug in NJW 71,345.

4) sog. Innenkredit; vgl. Zielinski, Grundtypenvermischungen, S.11.

5) vgl. Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S.69,70; Ott, Claus, Typenzwang, S.50; Wenninger aaO. S.43; Winkler in NJW 70,1066.

6) Hauptversammlung, Generalversammlung oder Gewerkenversammlung.

7) vgl. Kuhn, Strohmanngründung, S.59; Nitschke, Personengesellschaft, S.65; Wenninger aaO. S.10; Westermann, H., Handbuch, Rnd.20.

schaftssphäre unter Bezugnahme auf die persönlichen Eigenschaften der Gesellschafter und auf gegenseitigem Vertrauen [1]. Die Gesellschafter verbindet ein besonderes, vertraglich begründetes gesellschaftsrechtliches Band [2]. Ihre Beziehungen werden beherrscht vom Grundsatz von Treu und Glauben, der bei der körperschaftlichen Struktur, wenn überhaupt, eine untergeordnete Rolle spielt [3]. Die Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung der Personengesellschaft folgt aus der Beteiligung als Gesellschafter und der darin wurzelnden Pflicht zur Arbeitsleistung. Das ist das personenrechtliche Prinzip der Selbstorganschaft [4]. Die Vertrauensbasis zwischen dem kleinen Kreis der Gesellschafter der Personengesellschaft verlangt im Willensbildungsprozeß eine Berücksichtigung des Willens eines jeden Gesellschafters [5]. Das findet seinen Ausdruck im personenrechtlichen Einstimmigkeitsgrundsatz [6].

3. Damit sind im Grunde die strukturellen Unterschiede zwischen personalistischer Personengesellschaft und körperschaftlicher Kapitalgesellschaft skizziert. Zwischen diesen beiden Grundstrukturen ist eine Vielzahl von Kombinationen denkbar und auch tatsächlich existent [7]. Beide Grundformen bilden keine unüberwindbaren Scheidewände, sondern gestat-

---

1) vgl. Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.137,142; Zielinski, Grundtypenvermischungen, S.9.

2) Westermann, H., Handbuch, Rnd.17.

3) vgl. dazu Buchwald-Tiefenbacher, Die zweckmäßige Gesellschaftsform, S.24; Schilling in JZ 53,489; Westermann, H., Handbuch, Rnd.17.

4) vgl. BGH in BGHZ 41,367(369); Joens S.59; Immenga aaO. S.69; Wenninger S.43; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.153/154; Winkler in NJW 70,1066; Wiedemann in JZ 69, 470 m.w.Nachweisen.

5) Gesetzliche Grundregelung, vgl. § 709 BGB, § 119 I HGB.

6) vgl. Immenga aaO. S.70; Nitschke, Personengesellschaft, S.65; Wenninger aaO. S.10; Westermann, H., Handbuch Rnd. 17; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.159.

7) z.B. auch die bergrechtliche Gewerkschaft; vgl. Seume aaO. S.147; auch Ebel-Weller, ABG, § 94 Anm.1.

ten Zwischenformen [1]. Daß die Zwischenformen so viel Streitstoff liefern, liegt an der unterschiedlichen gesetzgeberischen Intention bei der Regelung von Handelsgesellschaften personalistischer und kapitalistischer Prägung.

Für beide Verbandsarten gilt zunächst der Grundsatz, daß die Zahl der Formen der gesellschaftsrechtlichen Betätigung gesetzlich abschließend geregelt ist. Die Möglichkeiten der Bildung neuer Rechtsformen ohne den Gesetzgeber besteht nicht. Es gilt im Gesellschaftsrecht, ohne daß dies ausdrücklich gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, ein numerus clausus der Rechtsformen [2].

Die Rechtsform ist die Zusammenfassung der notwendigen, vorwiegend äußeren und rechtskonstruktiv begründeten Begriffsmerkmale [3]. Gerechtfertigt wird der Rechtsformzwang im Gesellschaftsrecht durch das Postulat des Privatrechts, eine verläßliche Ordnung des Verbandslebens für den Rechtsverkehr zu schaffen. Ein Gesellschaftsrechtssystem, das nicht in einer Rechtsform zusammengefaßte Mindestvoraussetzungen verlangt, konfrontiert die Öffentlichkeit mit ständig neuen, unbekannten Gebilden und stellt durch die Gefahr potentieller willkürlicher Interessenregelungen eine Bedrohung der Rechtssicherheit und letztlich des Rechtsfriedens dar. Derartigen Gebilden muß die Anerkennung durch das Recht versagt bleiben. Sie kann nur bei Einhaltung eines gewissen Maßes gesetzlicher Bindungen gewährt werden. Dafür bieten gesetzliche Bindungen Schutz und Förderung [4].

---

1) so BVerfG in GmbHR 68,228 (229); Schilling in JZ 53,492; Simon-v.Schönfeld, Gesellschaftsformen, S.6; Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.96; in welchem Ausmaß das allerdings möglich ist, ist umstritten; dazu später die Lehre von der Typengesetzlichkeit.

2) vgl. Büttner, Identität, S.27; Georgakopoulos, Gründung, S.60; Teichmann aaO. S.138; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.117,118.

3) Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.12.

4) vgl. Elschenbroich, KGaA, S.52.

Der zwingende Charakter der Rechtsformmerkmale steht einer freiheitlichen inneren Ausgestaltung der Gesellschaften nicht prinzipiell entgegen. Das Verhältnis von rechtlichem Zwang und freiem Gestaltungsspielraum ist innerhalb der einzelnen Gesellschaftsformen verschieden. Das Ausmaß der zwingenden gesetzlichen Vorschriften korrespondiert mit dem Erfordernis der allgemeinen Sicherheit im wirtschaftlichen Verkehr [1]. Der Gesetzgeber hat dort Rechtsgebiete ganz oder wesentlich an sich gezogen und den Gestaltungsspielraum entscheidend eingeengt, wo die Privatautonomie keine Gewähr für einen ausgewogenen Interessenausgleich bietet [2] oder die Gefahr mißbräuchlicher Rechtsverwendung eminent ist. Konfliktslagen, die im Gesellschaftsrecht die Sicherheit des Rechtsverkehrs oder berechtigte Gläubigerinteressen beeinträchtigen können, sind der vertraglichen Gestaltungsfreiheit weitgehend entzogen und zwingender gesetzlicher Lösung unterworfen.

Die innere Gestaltung der Personengesellschaften, die auf den spezifischen Eigenheiten der einzelnen Gesellschafter aufbauen kann, muß, um diesen Besonderheiten gerecht werden zu können, weitgehend dem Willen der Gesellschafter überlassen bleiben. Bei den Kapitalgesellschaften ist neben der für Personengesellschaften maßgeblichen Verkehrssicherheit und dem Gläubigerschutz eine besondere körperschaftliche Sicherung der Kapitalgeber erforderlich [3]. Konzipiert als Massengesellschaft, wenden sie sich an einen großen, teilweise geschäftsungewandten Mitgliederkreis, der keine Übersicht über die Geschäftsrisiken hat und schwerlich seine eigenen Interessen ordnungsgemäß wahrnehmen kann [4]. Diese Mitglieder stellen anderen Kapital zur Disposition und ver-

---

1) vgl. Anschütz-Völderndorff, AD HGB, S.123; Fehr, Struktur, S.5, 6.

2) zum Beispiel Arbeitsrecht, vgl. Ott, Claus, Typenzwang, S.6.

3) vgl. Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.92.

4) so Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.75, 80; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.11, 121.

trauen darauf, daß diese die unternehmerisch notwendigen, erfolgversprechenden Maßnahmen treffen werden. Die Rechtsordnung darf aber Werbung und Unterstützung dieses Vertrauens nur gewähren, wenn sie die Gefahr des Mißbrauchs gleichzeitig weitestgehend einschränkt. Dazu ist ein Höchstmaß an Überschaubarkeit und Gleichmäßigkeit der die Kapitalgeber betreffenden Rechtsverhältnisse und der inneren Struktur dieser Verbände erforderlich. Der Gesetzgeber hat daher eine umfangreiche Unverfügbarkeit der inneren Struktur des Prototyps der Kapitalgesellschaften, der AG, normiert [1] und zu Recht in der Diskussion um das Aktiengesetz 1965 eine Freigabe der inneren Struktur der AG abgelehnt [2].

Diese unterschiedlichen Grundmotivationen stoßen bei der Regelung des Gestaltungsspielraums in der inneren Struktur der KGaA aufeinander.

II. Bipolarität der Gesellschafter in der KGaA

Kennzeichnend für sie ist, daß sich in ihr zwei verschiedene Arten von Gesellschaftern zusammenfinden. Während der Komplementär die unternehmerische Arbeit in der Gesellschaft zu leisten hat und als Person notwendiger Bestandteil der KGaA ist, besteht die Aufgabe des Kommanditaktionärs allein darin, das für die wirtschaftliche Betätigung der Gesellschaft erforderliche Eigenkapital aufzubringen, als Einzelperson ist er für die KGaA bedeutungslos.

Die Zusammenführung bipolarer Gesellschafter zwingt der KGaA sowohl personalistische als auch kapitalistische Züge auf. Das bei der KGaA handelnde Geschäftsführungsorgan muß im Gegensatz zur AG Mitglied der KGaA sein. Der Grundsatz der

---

1) Drobning, Haftungsdurchgriff, S.19; Teichmann aaO. S.77; Elschenbroich, KGaA, S.115.

2) vgl. dazu Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.75.

Selbstorganschaft ist für die mit feststehendem Grundkapital ausgestatteten Gesellschaften einmalig [1]. Die Willensbildung in der KGaA vollzieht sich in der die Kommanditaktionäre zusammenfassenden Hauptversammlung nach dem Mehrheitsprinzip, während sie unter den Komplementären entsprechend der gesetzlichen Normalregelung nach dem Einstimmigkeitsprinzip geschieht. Für Beschlüsse, die ein Zusammenwirken von Aktionären und Komplementären erfordern [2], ist neben einem Mehrheitsbeschluß der Hauptversammlung die Zustimmung jedes einzelnen Komplementärs notwendig.

Daß eine juristische Person sich an der Kapitalaufbringung für die KGaA beteiligen und selbst Kapitalanteile erwerben kann, wird nicht als eine der juristischen Person zuwiderlaufende Betätigung angesehen. So ist nicht streitig gewesen, daß eine juristische Person Kommanditaktionär der KGaA sein kann.

Demgegenüber wird teilweise vertreten, eine juristische Person könne nicht den unternehmerischen Aufgabenbereich des Komplementärs übernehmen [3]. Die Arbeit des Komplementärs setze eine individuelle Tätigkeit voraus und erfordere ein Handlungsvermögen kraft eigener Entschließung, das nur eine natürliche Person besäße [4].

Es wird damit versucht, einen grundlegenden Unterschied zwischen juristischer und natürlicher Person daraus herzuleiten,

---

1) vgl. Joens aaO. S.59.

2) vgl. § 285 Abs.2 AktG.

3) so Düringer-Hachenburg, HGB § 320 Anm.5; Ritter, HGB, § 105 Anm.2 b und AktG, § 219 Anm.3 a; Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 219 Anm.9, es sei gerade eine persönliche Tätigkeit des Komplementärs gewollt; so wohl auch Lehmann, H., GesellR, 2.Aufl., S.328 und Weipert in Gadow u.a., GroßK AktG (1.Aufl.) § 219 Anm.17, wenn sie juristische Personen nur zulassen wollen, wenn sie von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sind; vgl. für AG so Balser, Die AktG, Bd.I, S.62.

4) so Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 219 Anm.9; vgl. dazu OLG Karlsruhe in JW 1925, 2017.

daß die juristische Person als amorphe Masse handlungsunfähig ist und sich erst anderer Personen bedienen muß, um handeln zu können. Der Gesetzgeber hat einen derartigen, im tatsächlichen Bereich liegenden Unterschied rechtlich als nicht relevant angesehen, er hat insoweit ausdrücklich eine Gleichstellung der juristischen mit der natürlichen Person bestimmt [1]. Die Zuordnungsnormen des BGB schaffen die unwiderlegbare Fiktion, daß die Handlungen der Organe einer juristischen Person als ihre eigenen Handlungen gelten. Die Tätigkeit der natürlichen Personen in der juristischen Person verliert insoweit Dritten gegenüber ihren eigenen Handlungswert. Das gilt auch für die Erfüllung von Rechten und Pflichten der juristischen Person. Die juristische Person handelt rechtlich daher auch kraft eigener Entschließung und eigenem Handlungsvermögen, mag sie tatsächlich auch erst mittelbar über natürliche Personen tätig werden.

Daß eine juristische Person zur Wahrnehmung von Geschäftsführungs- und Vertretungsaufgaben besonders geeignet sein kann, ergibt sich aus ihrer ausdrücklichen gesetzlichen Zulassung als Liquidator der AG [2]. Die Tätigkeit eines Liquidators verlangt oftmals einen auf juristische und kaufmännische Dienstleistungen geschulten Apparat, den eine juristische Person in besonderem Maße zur Verfügung stellen kann [3].

---

1) so §§ 26, 30, 31 BGB; vgl. auch BGH in BGHZ 20, 119 (125).

2) vgl. heute § 265 Abs.2 Satz 2 AktG; erstmals § 206 Abs.1 Satz 2 AktG 1937, in dem die Streitfrage der Zulassung juristischer Personen als Liquidator positiv entschieden wurde; vgl. dazu OLG Karlsruhe in JW 1925,2017; Heilbrunn in JW 1925,2017 (Urteilsanmerkung); Goldstein, F., Aktiengesellschaft, § 231 Anm.20.

3) zulassen wollte man mit der Regelung des § 206 AktG 1937 insbesondere Wirtschaftsprüfungsgesellschaften größeren Stils; vgl. Heilbrunn in JW 1925,2017.

Die Aufgaben eines Komplementärs können daher ihrer Art nach von einer juristischen Person ebenso wie von einer physischen Person erfüllt werden. Insoweit steht nicht eine persönliche Tätigkeit des Komplementärs oder ein in seiner Person verwirklichtes personalistisches Prinzip entgegen.

D. Rechtsstellung des Komplementärs in der KGaA

Wenn die Zulassung einer juristischen Person als Komplementär nicht der Art der Tätigkeit des Komplementärs nach ausgeschlossen ist, so könnte doch seine Stellung in der Gesellschaft eine Anwendung des § 76 Abs.3 AktG über § 283 AktG geboten erscheinen lassen. Eine ähnliche Interessenlage von AG und KGaA könnte eine für den Vorstand der AG geltende Regelung aufdrängen. Dazu bedarf es eines Vergleichs zwischen der gesetzestypischen Stellung des persönlich haftenden Gesellschafters und des Vorstands. Ein solcher Vergleich kann auch eine Antwort auf die umstrittene Frage geben, ob der persönlich haftende Gesellschafter der KGaA letztlich nichts anderes ist als der geschäftsführende Vorstand der KGaA [1], ob er ein Zentrum größerer Macht bildet, als es der Vorstand der AG ist [2], oder ob beide Positionen im Grunde eigenen, im Kern gegensätzlichen Regelungen unterliegen, die lediglich in Einzelaspekten Gemeinsamkeiten aufweisen.

I. Einfluß des Komplementärs auf das Schicksal der KGaA

Eine entscheidende Rolle spielt der Komplementär für die KGaA bereits im Gründungsstadium der Gesellschaft.

---

1) vgl. Berger S.32; Fehr, Struktur, S.33,34; so wohl auch Baumbach-Hueck, AktG § 278 Anm.2: Komplementär hat vorstandsähnliche Stellung, während er in Vorb.2 zu § 278 dem Komplementär eine stärkere Stellung attestiert; Simon in ZHR 49, S.24 f.

2) so Baumbach-Hueck, AktG, Vorb.2 zu § 278; wohl auch Martin S.32; Spalcke S.18; differenzierter Nitschke, Personengesellschaft, S.222.

1. Ohne seine Mitwirkung kann eine KGaA nicht entstehen. Sämtliche Komplementäre müssen sich an der Feststellung der Satzung beteiligen [1]. Sie gehören neben den Personen, die als Kommanditaktionäre Aktien gegen Einlagen übernehmen, immer zu den Gründern der KGaA [2]. Mit der Feststellung der Satzung hat die KGaA damit bereits ein Geschäftsführungsorgan. Erforderlich ist nur noch die Wahl des Aufsichtsrats durch die Kommanditaktionäre.

Anders verhält es sich bei der AG. Die Vorstandsmitglieder sind nicht notwendig gleichzeitig Gründer der Gesellschaft. Zur Bestellung eines ordnungsgemäßen Geschäftsführungsorgans muß der Aufsichtsrat der AG eingeschaltet werden. Dieser selbst muß zunächst von den Gründern der AG gewählt werden. Erst dann kann durch ihn die Bestellung des Vorstands [3] erfolgen.

2. Die bereits im Gründungsstadium der KGaA zutagetretende enge Verbindung des persönlich haftenden Gesellschafters mit der Gesellschaft prägt auch den weiteren Werdegang der KGaA. Während Ereignisse in der Person eines Vorstandsmitglieds der AG die rechtliche Existenz der AG nicht berühren, ist das rechtliche Schicksal der KGaA nach der gesetzestypischen Ausgestaltung fest verbunden mit der Person des Komplementärs.

Gemäß §§ 289 I AktG, 161 Abs.2, 131 HGB bedeutet nicht nur der Tod des persönlich haftenden Gesellschafters das Ende der KGaA, sondern auch das wirtschaftliche Sterben des Komplementärs, die Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen, hat die Auflösung der Gesellschaft zur Folge.

---

1) vgl. § 280 Abs.2 Satz 1 AktG.

2) vgl. Gierke, J., Handelsrecht, S.399; Godin-Wilhelmi, AktG, § 280 Anm.1; Joens aaO. S.28.

3) vgl. § 30 Abs.1 und 4 AktG.

Auch ein freiwilliges Ausscheiden des persönlich haftenden Gesellschafters aus der KGaA ist ohne Einfluß auf den Bestand der Gesellschaft nach der gesetzlichen Regelung nicht möglich [1]. Die insoweit eingreifenden KG-Regeln [2] schreiben bei einer Kündigung durch den Komplementär, die bei einer auf unbestimmte Dauer eingegangenen Gesellschaft satzungsmäßig nicht ausgeschlossen werden kann [3], die Auflösung der Gesellschaft vor. Der Komplementär selbst kann durch seine Kündigung der Gesellschaft ein Ende setzen [4]. Der Bestand der gesetzestypischen KGaA ist ähnlich unsicher wie der einer Personengesellschaft.

Die Zulassung einer juristischen Person als Komplementär macht die KGaA vom wechselhaften Schicksal einer natürlichen Person unabhängig [5]. Eine Einschränkung der Abhängigkeit der Gesellschaft vom Schicksal des Gesellschafters hat der Gesetzgeber bei den Personengesellschaften durch den nachgiebigen Charakter der §§ 131 HGB für zulässig erachtet. Um so mehr muß die Beschränkung des Faktors Instabilität der Person im Bereich der Verbandsformen sinnvoll erscheinen, die eigene Rechtspersönlichkeit besitzen. Der große Aufwand bei der Entstehung dieser Rechtspersonen verbietet die

---

1) Elschenbroich, KGaA, S.103; Joens aaO. S.36; Godin-Wilhelmi, AktG, § 289 Anm.3; für eine andere Regelung bedarf es gemäß § 289 Abs.5 AktG einer Aufnahme in die Satzung.

2) vgl. Baumbach-Hueck, AktG, § 289 Anm.12; §§ 289 Abs.1 AktG, 131, Nr.6, 132, 161 Abs.2 HGB.

3) vgl. Möhle, Personengesellschaft, S.151 Zwr.1 und S.153 Zwr.2; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.236; so bei OHG BGH in JZ 1954, S.194, 195; BGH in BGHZ 23,10 (15) für ordentliche Kündigung.

4) Allerdings wird vielfach in den Satzungen die Kündigung durch zeitweiligen Ausschluß oder eine Verlängerung der gesetzlichen Kündigungsfristen erschwert und ausdrücklich bestimmt, daß die Kündigung des Komplementärs die Gesellschaft nicht auflöst; vgl. dazu Möhle, Personengesellschaft, S.152; Spalcke aaO. S.92; Wenninger, Personengesellschaften, S.103.

5) vgl. Immenga, S.19.

Schaffung von Gesellschaften mit kurzer, absehbarer Dauer [1]. Die Durchführung der Liquidation dieser Gesellschaften ist im Gegensatz zu Personengesellschaften auch erheblich langwieriger. Die Vielzahl der Anteilseigner hat ein Interesse an langzeitlich orientiertem, kontinuierlichem Wachstum der Gesellschaft.

3. Neben der Divergenz bei der Gründung und der Auflösung der Gesellschaft verläuft die Aufnahme neuer geschäftsführender Mitglieder in den Vorstand der AG und neuer persönlich haftender Gesellschafter in die KGaA nach unterschiedlichen Regeln.

Über die Aufnahme eines neuen Komplementärs in die KGaA schweigt das Gesetz. Enthält die Satzung eine diesbezügliche Regelung, so ist sie allein maßgebend für die Aufnahmeprozedur. Insoweit besteht Vertragsfreiheit, so daß je nach gewollter interner Machtverteilung der Hauptversammlung, dem Aufsichtsrat oder den Komplementären allein oder in Zusammenwirken die Aufnahmebefugnis eingeräumt sein kann [2].

Enthält die Satzung der KGaA keine Regelung über den Eintritt neuer Komplementäre, so ist die Aufnahme eines persönlich haftenden Gesellschafters eine Veränderung der rechtlichen Grundlage der Gesellschaft und damit eine Satzungsänderung [3]. Daher ist in diesem Fall zur Aufnahme die Zustimmung aller Komplementäre [4] und ein mit Dreiviertelmehrheit gefaßter Hauptversammlungsbeschluß der Kommanditaktionäre [5]

---

1) vgl. Ott, Jürgen, aaO. S.62.

2) vgl. Möhring-Tank, Handbuch, S.275, Rnd.629.

3) Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.7; Joens aaO. S.36; Möhring-Tank, Handbuch, S.275, Rnd.629.

4) vgl. § 285 Abs.2 AktG.

5) vgl. §§ 179 Abs.2, 278 Abs.3 AktG.

erforderlich [1].

Einen Eintritt im gesellschaftsrechtlichen Sinn gibt es bei den Vorstandsmitgliedern der AG nicht. Von ihm kann nur dort gesprochen werden, wo es um die Aufnahme einer Person als Gesellschafter in eine Unternehmung geht [2]. Die in den Vorstand der AG berufenen Personen werden nicht Mitglied der AG, sondern sind allein vertraglich bestellte Sachwalter der AG [3]. Darin liegt ein grundlegender Unterschied zwischen Vorstand und Komplementär, der die Ursache für die verschiedenartige Ausgestaltung ihrer Befugnisse ist. Dies wird vielfach nicht genügend beachtet und allein auf die gleiche Geschäftsführungs- und Vertretungstätigkeit hingewiesen [4]. Der Mitgesellschafter und Mitträger [5] eines Unternehmens hat naturgemäß eine andere Position als ein Geschäftsführer. Die Vorstandsmitglieder der AG als Nur-Geschäftsführer werden nach zwingender gesetzlicher Regelung durch den Aufsichtsrat der Gesellschaft für eine begrenzte Zeit bestellt. Nach Ablauf dieser Zeit scheiden sie automatisch aus dem Vorstand aus. Sie können bereits vor Ablauf dieser Zeit aus ihrer Geschäftsführerstellung entlassen werden, wenn ihre Bestellung zum Vorstandsmitglied widerrufen wird [6]. Damit

---

1) so Möhring-Tank aaO., S.275, Rnd.629; unklar Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.7 und § 289 Anm.6, die einmal von Satzungsänderung sprechen, dann aber zur Aufnahme einen Vertrag zwischen den Komplementären und der Gesamtheit der Kommanditaktionäre ausreichen lassen wollen; ein Vertragsabschluß spricht für eine einfache Mehrheit.

2) wie z.B. den Komplementären der OHG, KG oder KGaA; vgl. Martin S.22.

3) vgl. Martin S.22; OLG Hamburg in GmbHR 69,138 = NJW 69, 1034.

4) vgl. Ott, Jürgen, aaO. S.23; auch Elschenbroich, KGaA, S.124, wenn er von ähnlicher Stellung von Vorstand und Komplementär spricht.

5) keine Abweichung insoweit von Bühler, Steuerrecht, S.156, der lediglich auf die formelle Vermögensträgerschaft abstellt und lediglich insoweit den Komplementär nicht als Mitträger ansieht; anders bereits unter steuerlichen Gesichtspunkten auf S.157; so auch Ott, Jürgen, aaO. S.34.

6) vgl. § 84 Abs.3 AktG.

erlöschen zwar ihre Funktionsbefugnisse als Vorstandsmitglied, ihnen bleiben aber die im Anstellungsvertrag zugesicherten Ansprüche bis zu seinem zeitlichen Ablauf erhalten.

Eine Entlassung des Komplementärs der KGaA ist nach der gesetzlichen Regelung nicht möglich. Er kann zu einem seinem Willen zuwiderlaufenden Ausscheiden aus der Gesellschaft nur durch gerichtliche Ausschließung gezwungen werden. Dazu bedarf es eines in seiner Person liegenden wichtigen Grundes, der die übrigen Gesellschafter zur Auflösung der Gesellschaft ermächtigen würde [1]. Mit dem Ausschluß des Komplementärs enden seine Rechtsbeziehungen zur KGaA [2], ihm steht nicht, wie dem Vorstandsmitglied, bei einer außerordentlichen Trennung zwischen ihm und der Gesellschaft über den Zeitpunkt des Ausscheidens hinaus noch ein Vergütungs- oder Gewinnanspruch zu.

4. Das enge Verhältnis des Komplementärs zu seiner Gesellschaft wird dadurch betont, daß das Gesetz in § 288 AktG davon ausgeht, daß der Komplementär einen Kapitalanteil an der KGaA übernimmt [3]. Als Kapitalanteil ist die ziffernmäßige, in einer bestimmten Geldsumme bestehende, buchmäßig auf der Passivseite aufgeführte Beteiligung am Gesellschaftsvermögen zu verstehen [4]. Daß die Übernahme eines

---

1) vgl. §§ 289 Abs.5 AktG, 140, 133 HGB; wer als Kläger der Ausschließungsklage auftreten muß, ist umstritten; Barz in Gadow, GroßK AktG, § 231 Anm.22 und Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.12 meinen, alle Komplementäre müßten als Kläger auftreten, nach Möhring-Tank, Handbuch, S.277, Rnd. 631 ist die KGaA selbst - ähnlich wie die GmbH - der richtige Kläger.

2) Er haftet allerdings noch weitere fünf Jahre nach Maßgabe des § 159 HGB.

3) Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.2. Möhring-Tank, aaO., S.277, Rnd.633.

4) vgl. Lehmann-Dietz, GesellR, S.411, 412; Möhring-Tank, Handbuch, S.277, Rnd.633; Westermann, H., Handbuch, Rnd. 288.

solchen Anteils nicht mehr unabdingbare Voraussetzung für die Begründung und den Fortbestand der KGaA ist [1], ändert an der grundsätzlichen gesetzlichen Unternehmerbeschreibung des Komplementärs nichts.

a. Pflug [2] will diesen Unterschied in der Kapitalbeteiligung zwischen dem Komplementär der KGaA und dem Vorstand der AG dadurch herunterspielen, daß er den nachgiebigen Charakter der Kapitalbeteiligung in den Vordergrund rückt und die praktische Bedeutung der Beteiligung dadurch zu relativieren versucht, daß er darauf hinweist, bei einer Reihe von KGaAn fehle eine Kapitaleinlage der persönlich haftenden Gesellschafter gänzlich, in anderen Fällen mache sie lediglich einen Bruchteil des Grundkapitals aus [3].

Er kommt jedoch nicht an der Tatsache vorbei, daß trotz der dispositiven gesetzlichen Regelung eine Vielzahl von KGaAn ihre persönlich haftenden Gesellschafter mit einer Kapitaleinlage beteiligt. Außerdem beachtet Pflug zu wenig, daß die Rechtsfrage der Zulassung juristischer Personen als Komplementär der KGaA bei einem Vergleich von Vorstand und Komplementär primär nach der grundlegenden gesetzlichen Ausgestaltung, nicht aber nach den faktischen Verhältnissen zu beurteilen ist. Die Kapitaleinlage des Komplementärs bestimmt nach der gesetzlichen Normallage das Bild des Komplementärs [4] und weicht insoweit von der Stellung des am Gesellschaftsvermögen der AG nicht beteiligten Vorstandsmitglieds ab. Im übrigen läßt Pflug bei der Betrachtung des kapitalmäßigen

---

1) so früher Art. 174a, 181 des AD HGB von 1884; vgl. S.22 Fußnote 5.

2) Pflug in NJW 71, 347 (348).

3) entgegen Elschenbroich, KGaA, S.68, der meint, daß sich der Komplementär in der Regel an der Kapitalbeschaffung beteiligt; auch Ott, Jürgen, S.49, wonach die KGaA in der Regel der Fälle Einlagegesellschaft ist.

4) Daß die Einlage des persönlich haftenden Gesellschafters Eigentum der KGaA wird, kann heute als nicht mehr umstritten angesehen werden; vgl. Elschenbroich, KGaA, S.170/171; Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.2; Möhring-Tank, Handbuch, S.272, Rnd. 624; Ott, Jürgen aaO. S.25; a.A. früher Schreiber, KGaA, S.95.

Engagements des Komplementärs an der KGaA den Erwerb von Aktien der Gesellschaft außer Betracht. Offenbar sieht er, da diese Art der Beteiligung auch dem Vorstandsmitglied zur Verfügung steht, in diesem kapitalmäßigen Engagement keinen Unterschied zwischen Vorstand und Komplementär.

Dabei wird jedoch nicht berücksichtigt, daß die Kapitalbeteiligung aufgrund von Aktien bei der AG und KGaA nicht ohne weiteres gleichwertig ist. Die Aktionäre der KGaA können nach der gesetzestypischen Ausgestaltung keinen Einfluß auf einen Wechsel in der Person des Geschäftsleiters nehmen. Bis auf wenige Ausnahmen [1] haben die KGaAn daher auch nicht den Charakter weitgestreuter Publikumsgesellschaften, deren Aktien an der Börse angeboten werden. Der Aktionärskreis dieser Gesellschaften ist fest umrissen. Oft haben sie vinkulierte Namensaktien, deren Übertragung an die schriftliche Zustimmung der Komplementäre und des Aufsichtsrats gebunden ist. Die Übernahme von Aktien solchermaßen gekennzeichneter Gesellschaften ist die häufigste, ziffernmäßig schwer erfaßbare Kapitalbeteiligung der Komplementäre der KGaA. [2] Sie verbindet den Komplementär auch von der Aktionärsseite her intensiver mit der Gesellschaft als das Aktien seiner AG haltende Vorstandsmitglied.

Die stärkere Kapitalbeteiligung des Komplementärs nötigt jedoch nicht zu dem Schluß, der Komplementär könne im Gegensatz zum Vorstand nicht als Sachwalter fremden Vermögens

---

1) z.B. Henninger-Bräu, Frankfurt/Main und Neckermann-Versand KGaA, ebenda.

2) so Elschenbroich aaO. S.74; ob der Komplementär sämtliche Aktien übernehmen kann, ist streitig; dafür Baumbach-Hueck, AktG, § 280 Anm.3; Barz in Gadow, GroßK AktG § 219 Anm. 27; Lehmann-Dietz, GesellR, S.408; Joens aaO. S.57; dagegen Godin-Wilhelmi, AktG, § 280 Anm.2; wer Aktionär der KGaA ist, ist für den Rechtscharakter der Gesellschaftsform nicht ausschlaggebend; der Komplementär kann daher alle Aktien erwerben, ohne daß die KGaA dadurch unzulässig wird.

angesehen werden, auf ihn werde kein Vertrauen übertragen, so daß § 76 Abs.3 AktG auf ihn nicht angewandt werden könne, weil diese Vorschrift die spezifische Fremdverwalter- und Vertrauensposition des Vorstands betreffe [1]. Das Kapital wird nicht allein von den Komplementären, sondern auch von von ihnen personenverschiedenen Aktionären aufgebracht. Diese übertragen, mag der Umfang auch im Vergleich zur AG verschieden sein, durch ihre Kapitalbeteiligung automatisch Vertrauen auf die Geschäftsführung. Die Vertrauensübertragung ist daher lediglich ein gradueller, nicht aber ein grundlegender Unterschied. Im übrigen ist es nicht mehr als ein Vorurteil anzunehmen, der Verwalter eigenen Vermögens handele sorgfältiger als ein Fremdverwalter, und ein Gesellschaftsmitglied verdiene per se mehr Vertrauen als ein Nur-Geschäftsführer [2], so daß eine divergierende Regelung der personellen Anforderungen nur naturgemäß sei.

Allerdings bekräftigt die Kapitalbeteiligung der Komplementäre an der KGaA ihre Unternehmerposition, während den Vorstand der AG nach der gesetzlichen Regelung keine derartige Verknüpfung mit seiner Gesellschaft auszeichnet.

b. Dieser unterschiedlichen Stellung trägt auch die Entlöhnung der Komplementäre und der Vorstandsmitglieder Rechnung. Der Komplementär erhält nach der gesetzlichen Normalregelung eine Gewinnbeteiligung [3]. Maßgebend für die

---

1) so Helm aaO. S.73; dagegen wendet sich Pflug wohl vornehmlich mit der Darlegung der Verhältnisse bei der Kapitalaufbringung in der KGaA, in NJW 71, 348.

2) vgl. Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.119, der zu Recht darauf verweist, daß der größte Teil der Bevölkerung - Arbeitnehmer, Angestellte und Beamte - für fremdes Vermögen Sorge trägt.

3) §§ 278 Abs.2 AktG, 121, 161 Abs.2, 168 HGB; möglich ist allerdings auch eine feste Vergütung; Elschenbroich S. 139; Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.12; Möhring-Schwartz u.a., Die Aktiengesellschaft, S.277.

Gewinnermittlung ist hierfür der nach KG-Recht zu erstellende Jahresabschluß. Er unterscheidet sich von der eigentlichen, nicht nur intern wirkenden Bilanz der KGaA dadurch, daß er unabhängig von den Vorjahresbilanzen ohne etwaigen Verlustvortrag für jedes Jahr neu [1] den Reingewinn ermittelt. Er bildet die Grundlage der Gewinnverteilung für die persönlich haftenden Gesellschafter der KGaA [2]. Die Mitglieder des Vorstands der AG beziehen demgegenüber als aus Geschäftsbesorgungsvertrag Verpflichtete [3] ein Gehalt. Ihnen kann allerdings durch besondere Vereinbarung im Anstellungsvertrag eine Beteiligung am Gewinn, die in der Regel in einem Anteil am Jahresgewinn bestehen soll [4], zugesagt werden. Dieser Gewinn wird wie bei der Gewinnermittlung zur Dividendenausschüttung an die Aktionäre der AG und KGaA nach der aktienrechtlichen Bilanz [5] ermittelt [6].

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die KGaA in jeder Phase ihrer Existenz von der Person des Komplementärs abhängig ist. Die AG hat im Gegensatz dazu keinerlei Beziehung zu ihren Vorstandsmitgliedern als Person und ist, wie es körperschaftlichen Grundsätzen entspricht, unabhängig von den Schicksalen seiner Amtswalter und Organmitglieder.

---

1) Es besteht keine Bilanzkontinuität wie bei der AG; vgl. Baumbach-Duden, HGB, § 39 Anm.2 C; allenfalls eine gewisse Bilanzstetigkeit hinsichtlich der gleichen Bewertungsgrundsätze und gleicher Gliederung; vgl. Möhle, Personengesellschaft, S.109, Nr.123, Zwr.3.

2) vgl. zur doppelten Bilanzfeststellung Elschenbroich aaO. S.89/90; Möhring-Tank aaO. Rnd.634, S.278/79.

3) vgl. §§ 675, 611 ff BGB; Baumbach-Hueck, AktG, § 84, Anm.6; Godin-Wilhelmi, AktG, § 84 Anm.9.

4) vgl. § 86 Abs.1 AktG; was regelmäßig geschieht, Baumbach-Hueck, AktG, § 86, Anm.3.

5) Das führt zu der sog. kapitalgesellschaftlichen Doppelbesteuerung; vgl. Hesselmann, GmbH & Co., S.68, 173; Hundertmark in BB 68,1285; Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S.19; Peter aaO. S.31; Vallenthin, Das Aktienwesen, S.82.

6) §§ 148 ff AktG, der Jahresgewinn ist zu vermindern um einen etwaigen Verlustvortrag aus dem Vorjahr und um die in die offenen Rücklagen einzustellenden Beträge, § 85 Abs.2 AktG; vgl. Baumbach-Hueck, AktG, § 86, Anm.1.

II. Geschäftsführung der KGaA

Am ähnlichsten sind sich die Komplementäre der KGaA und die Vorstandsmitglieder der AG in dem für den Vorstand der AG spezifischen Tätigkeitsbereich. Dem Vorstand ist wie dem Komplementär die Geschäftsführung der Gesellschaft anvertraut, sie haben gleichermaßen die Aufgabe, alles zu tun, was den Zwecken der Gesellschaft förderlich ist [1]. Auch dabei weist die gesetzliche Ausgestaltung jedoch nicht unbedeutende Unterschiede auf.

1. Der Komplementär ist kraft seiner Gesellschafterstellung aus eigenem Recht geborener Geschäftsführer, während das Vorstandsmitglied erst durch ein Gesellschaftsorgan zu dieser Aufgabe berufen werden muß [2]. Jeder persönlich haftende Gesellschafter der KGaA ist unabhängig vom Vorhandensein weiterer Komplementäre befugt, die Geschäfte der Gesellschaft nach seinem Gutdünken zu führen [3]. Er ist nicht wie das Vorstandsmitglied der AG [4] auf die Mitwirkung der Mitgeschäftsführer angewiesen. Die persönliche Unabhängigkeit in der Geschäftsführung erfährt eine sachliche Beschränkung für Geschäfte, die über den gewöhnlichen Rahmen der Tätigkeit des Komplementärs hinausgehen. Hier bedarf er der Zustimmung der übrigen Gesellschafter [5]. Eine derartige sachliche Bindung

---

1) so als Definition der Geschäftsführung; Westermann, H., Handbuch, Rnd.146.

2) vgl. geborener und gekorener Geschäftsführer, Helm aaO. S.73; Joens S.17; Martin S.22; Ott, Jürgen, S.66; Spalcke S.88, wonach die formelle Übertragung der Leitung der AG auf den Vorstand erstmals im AktG 1937 erfolgte.

3) §§ 278 Abs.2 AktG, 161 Abs.2, 114 HGB, Einzelgeschäftsführungsbefugnis.

4) § 77 AktG Kollektivgeschäftsführungsbefugnis; vgl. Martin S.29; Möhring-Tank, Handbuch, S.274, Rnd.626.

5) vgl. §§ 278 Abs.2 AktG, 164, 181 Abs.2, 116 Abs.2 HGB; die Zustimmung sowohl der weiteren Komplementäre als auch der Kommanditaktionäre, Hueck, GesellR, S.237; Martin S.29; Nitschke aaO. S.222, Fußnote 48; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.254 für KG;
die Zustimmung der Aktionäre sollte aus Gründen der Prak-

sieht das Gesetz für den Vorstand der AG nicht vor.

Die gemeinschaftlich zusammenwirkenden Mitglieder des Geschäftsführungsorgans der AG sind in der Geschäftsführungsbefugnis nicht begrenzt [1]. Die Geschäftsführungsmacht der Vorstandsmitglieder ist sachlich daher erheblich größer als die der Komplementäre der KGaA, sie ist aber eingegrenzter durch die Stellung des Vorstands als körperschaftliches Organ, das zunächst aus der Mehrheit der Mitglieder einen Gesamtwillen herausbilden muß.

2. Der unterschiedliche Vorgang der Erlangung der Geschäftsführungsmacht wird reflektiert beim Verlust dieser Befugnis. Da das Recht und die Pflicht des Komplementärs zur Geschäftsführung aus seiner Gesellschafterstellung folgt [2], hat er diese Tätigkeit solange auszuüben, als er Gesellschafter der KGaA ist. Gesellschafter ist der Komplementär nach der gesetzestypischen Regelung solange, wie die Gesellschaft besteht. Seine Geschäftsführungsbefugnis endet bei der auf unbegrenzte Dauer eingegangenen Gesellschaft grundsätzlich erst mit seinem Tod. Besondere Umstände können jedoch den übrigen Gesellschaftern die Möglichkeit geben, ihm durch gerichtliche Entscheidung diese Befugnis zu entziehen [3].

Fraglich erscheint, ob dies auch zulässig ist, wenn der betroffene Komplementär einziger persönlich haftender Gesell-

---

tizabilität für bestimmte Fälle statutarisch durch eine Mitwirkung des Aufsichtsrats ersetzt werden; ggf. bedarf es sonst des umständlichen und kostspieligen Verfahrens der Einberufung einer Hauptversammlung.

1) Allerdings kann die Satzung etwas anderes vorsehen, siehe § 111 Abs.4 Satz 2 AktG.

2) Außer acht gelassen wird hier der für KGaAn ungewöhnliche Fall, daß jemand als Komplementär in die KGaA eintritt, ohne Geschäftsführungs- und Vertretungspflichten zu übernehmen, was zulässig ist; vgl. Lehmann, M., Gesellk (2. Aufl.), S.328; Weipert in Gadow, GroßK AktG (1.Aufl.), § 219 Anm.17.

3) vgl. §§ 278 Abs.2 AktG, 161 Abs.2, 117 HGB.

schafter der KGaA ist [1]. Die allgemein anerkannte Zulässigkeit des Ausschlusses des einzigen geschäftsführenden Gesellschafters bei den Handelsgesellschaften des HGB hat zu einer Parallelisierung auf die KGaA geführt [2]. Das erscheint bedenklich. Sind außer dem vom Entzug der Geschäftsführung bedrohten Gesellschafter keine weiteren Komplementäre vorhanden, so können zwar bei der KG im Falle des gerichtlichen Entzugs die Kommanditisten oder einer von ihnen [3] die Geschäftsführung übernehmen. § 164 1.Halbsatz HGB ist dispositives Recht, die Kommanditisten der KG können durch den Gesellschaftsvertrag zur Geschäftsführung berufen werden [4]. Eine ähnliche Lösung zur Beseitigung der Funktionsunfähigkeit des Gesellschaft ist jedoch bei der KGaA nicht möglich. Die Kommanditaktionäre haben zwar durch ihre Organe Hauptversammlung und Aufsichtsrat im Gegensatz zum restriktiven Kompetenzbereich der Gesellschafterorgane bei der AG [5] ein echtes Mitwirkungsrecht bei der Geschäftsführung in der KGaA [6]. Der Status der als juristische Person mit feststehendem Grundkapital ausgestalteten KGaA gestattet aber wie allgemein im Recht der Kapitalgesellschaften grundsätzlich nicht, daß ein Gesellschaftsorgan die gesamte Funktion eines anderen Organs übernimmt. Es bleibt den Aktionären allein die Kündigung der Gesellschaft gemäß § 289 Abs.4 AktG oder die Auflösung durch gerichtliche Entscheidung i.S. von §§ 289 Abs.1 AktG, 131 Nr.6, 133 HGB.

---

1) vgl. für OHG und KG BGH in BGHZ 51,198 (KG); BGH in BGHZ 33,105 (OHG); Westermann, H., Handbuch, Rnd.189; Wiedemann in JZ 1969,471 m.w.Nachweisen; a.A. Buchwald-Tiefenbacher, Die zweckmäßige Gesellschaftsform, S.24.

2) vgl. Barz in Gadow, GroßK AktG, § 219 Anm.22; Elschenbroich, KGaA, S.126; a.A. wohl Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.12 und 13; auch Buchwald-Tiefenbacher, aaO. S.24.

3) vgl. BGH in BGHZ 51,198 (201).

4) vgl. Möhle, Personengesellschaft, S.272, Ngr.1.

5) vgl. §§ 111 Abs.4 Satz 1 und 119 Abs.2 AktG, so auch Baumbach-Hueck, AktG, § 111 Anm.3.

6) Barz in Gadow, GroßK AktG, § 219 Anm.20; Lehmann-Dietz, GesellR, S.409.

Sind jedoch außer dem einzigen geschäftsführenden Komplementär noch weitere persönlich haftende Gesellschafter in der KGaA vorhanden, so erscheint eine statutarische Anpassung an die durch den gerichtlichen Entzug der Geschäftsführung entstandene Lage möglich. Da die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft in einem derartigen Fall erhalten wird und die notwendigen Entscheidungen getroffen werden können [1], erscheint ein Entzug nicht unzulässig.

Für eine derartig einschneidende Maßnahme gegen einen Komplementär ist immer ein in seiner Person liegender wichtiger Grund erforderlich. Ohne sein Vorliegen ist der persönlich haftende Gesellschafter nicht absetzbar.

Anders verhält es sich bei der AG. Das Vorstandsmitglied kann immer nur für einen eng begrenzten Zeitraum, allenfalls für fünf Jahre [2], berufen werden. Nach Ablauf dieser Frist bedarf es jeweils einer ausdrücklichen Neubestellung durch einen Aufsichtsratsbeschluß. Eine Bestellung auf Lebenszeit ist unzulässig [3]. Während seiner Amtszeit bedarf das Vorstandsmitglied des ständigen Vertrauens von Aufsichtsrat und Hauptversammlung. Diese Organe können einem Vorstandsmitglied vorzeitig die Befugnis zur Geschäftsführung entziehen, ohne daß dazu eine richterliche Mitwirkung wie bei der KGaA erforderlich ist [4]. Zwar geht auch § 84 AktG davon aus, daß der Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied einen wichtigen Grund verlangt. Das Vorliegen eines wichtigen Grundes wird nach § 84 Abs.3 Satz 4 AktG jedoch solange vermutet, bis die Unwirksamkeit des Widerrufs rechtskräftig festgestellt wird. Das entlassene Vorstandsmitglied wird im Gegensatz zum Komplementär in die Rolle des Klägers gedrängt. In der Praxis

---

1) siehe zur formellen Funktion der Gesellschaft Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.108, 112, 251.

2) § 84 Abs.1 AktG, vgl. auch Baumbach-Hueck, AktG, § 84 Anm.5.

3) vgl. Ott, Jürgen, aaO. S.71.

4) vgl. § 84 Abs.3 AktG; auch Joens aaO. S.94; Widerruf hat 'sofort Wirkung', Mertens in Kölner Kommentar, § 84 Anm. 57.

wird die Amtszeit des Mitglieds, sollte es ausnahmsweise zu einem Prozeß kommen, eher beendet sein als der Rechtsstreit.

Dem sachlich weiten Umfang der Geschäftsführungsmacht des gesamten Vorstands steht als Korrektiv die kontinuierliche Einflußmöglichkeit anderer Gesellschaftsorgane auf die personelle Besetzung des Geschäftsführungsorgans zur Seite [1].

3. Die unterschiedlichen Positionen von Vorstand und Komplementär werfen die Frage auf, ob der persönlich haftende Gesellschafter der KGaA als Kaufmann i.S. des Handelsrechts anzusehen ist. Während das Vorstandsmitglied der AG in dieser Eigenschaft einhellig nicht als Kaufmann im Rechtssinn aufgefaßt wird [2], streitet man darüber, ob dem Komplementär der KGaA [3] wie den persönlich haftenden Gesellschaftern der OHG und KG [4] aus seiner Gesellschafterstellung Kaufmannseigenschaft zuzusprechen ist.
Kaufmann i.S. des § 1 HGB ist, wer eine auf Dauer angelegte, auf Gewinn ausgerichtete, selbständige handelsgewerbliche Tätigkeit ausübt [5]. Zunächst ist die KGaA selbst Kaufmann [6],

---

1) vgl. zum 'personellen Aderlaß' bei der AG die Aufstellung der 'gefeuerten Manager' in Capital, 11.Jahrgang, Nr.1, Januar 1972, S.20-22.

2) § 93 AktG spricht daher auch nur von der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen 'Geschäftsleiters', vgl. im übrigen Baumbach-Duden, HGB, § 1 Anm.3 B; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 1 Anm.22; Martin S.23; Würdinger-Brüggemann, HGB, § 1 Anm.1, die allerdings die Kaufmannseigenschaft der Vorstandsmitglieder im wirtschaftlichen Sinn - als in ihrer Stellung irgendwie handelsgewerblich tätig Werdende - herauskehren.

3) dagegen Baumbach-Duden, HGB, § 1 Anm.3 B; Ott, Jürgen, S.86; Staub-Pinner, HGB, § 320 Anm.11; dafür Baumbach-Hueck, AktG, § 278 Anm.2; RG in RGStr 34(1901), S.379; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 1 Anm.22; Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.18; Ritter, AktG, § 219 Anm.3b; Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 219 Anm.9.

4) überwiegende Meinung, vgl. BGH in BGHZ 45,282(284); BGH in BGHZ 34,296; BGH in NJW 60,1852.

5) im einzelnen unterschiedliche Formulierungen; vgl. Baumbach-Duden, HGB, § 1 Anm.1 A und B; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 1 Anm.20.

6) §§ 278 Abs.3,3 AktG, 6 HGB; vgl. Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.14; Würdinger, AktR, S.241.

sie ist als mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Unternehmerin Inhaberin des Handelsgewerbes. Damit wird aber nicht bereits eine Kaufmannseigenschaft des Komplementärs der KGaA ausgeschlossen. Kaufmann ist auch der Gesellschafter eines Unternehmens, wenn er Träger oder Mitträger der im Betrieb entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten ist und rechtlich und wirtschaftlich, für wessen Rechnung auch immer, selbständig tätig wird [1].

Die Person des Komplementärs ist rechtlich und wirtschaftlich fest mit der KGaA verbunden. Der persönlich haftende Gesellschafter hat nicht nur die unternehmerische Leitung der Gesellschaft, sondern er trägt auch das volle wirtschaftliche Wagnis seiner Geschäftsführungsmaßnahmen, da er mit seinem gesamten Vermögen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einzustehen hat und nach der gesetzlichen Grundregelung ein Entgelt für seine Tätigkeit allein aus einem etwaigen Gewinn der KGaA erhält. Der Komplementär der KGaA trägt mit der Leitung der Gesellschaft nach außen und nach innen das Risiko der Unternehmung. Er ist daher Gesellschafter-Kaufmann [2]. Soweit er für die KGaA tätig wird, handelt er als Kaufmann. Diese Kaufmannseigenschaft qua Gesellschafterstellung unterscheidet ihn vom Vorstandsmitglied der AG.

III. Vertretung der KGaA

Die Befugnis des Komplementärs zur Abgabe und Empfangnahme von Willenserklärungen im Namen der KGaA mit unmittelbarer und ausschließlicher Wirkung für die Gesellschaft [3] folgt

---

1) dazu Schlegelberger-Geßler, HGB, § 1 Anm.20; Würdinger-Brüggemann, HGB, § 1 Anm.1 und 17; egal, wem das Unternehmen gehört, so z.B. auch Pächter, vgl. Baumbach-Duden, HGB, § 1 Anm.3 A; Groschuff in NJW 1935, S.253.

2) Nicht Einzelkaufmann, sondern Kaufmann qua Gesellschafterstellung, vgl. dazu BGH in NJW 60,1853.

3) vgl. Westermann, H., Handbuch, Rnd.146, zur Definition der Vertretung.

den Regeln des Rechts der Personengesellschaften [1].

Dem Komplementär steht als geborenem Vertreter der KGaA Vertretungsmacht für die Gesellschaft zu. Im Gegensatz zum Vorstand bedarf er bei ihrer Ausübung nicht der Mitwirkung anderer vertretungsberechtigter Gesellschafter, sondern er verfügt über Einzelvertretungsmacht [2]. Daran hat auch die Einführung des § 282 Satz 2 AktG nichts geändert. Diese Vorschrift, die durch das Gesetz zur Durchführung der ersten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaft zur Koordinierung des Gesellschaftsrechts [3] geschaffen wurde, hat lediglich Klarstellungsfunktion für eine einheitliche europäische Rechtspraxis.

Der Umfang der Vertretungsmacht des Komplementärs der KGaA ist gemäß § 126 HGB nach außen unbeschränkbar [4], im Innenverhältnis gilt das bei der Geschäftsführung aufgezeigte Zustimmungserfordernis der anderen Gesellschafter bei außergewöhnlichen Geschäften [5]. Die weitgehende sachliche Befugnis des Vorstands der AG im Innenverhältnis deckt sich nach der gesetzlichen Regelung mit seiner weiten Vertretungsmacht [6].

Ähnlich wie die Entziehung der Geschäftsführungsmacht ist die Entziehung der Vertretungsbefugnis des Komplementärs der KGaA geregelt [7]. Auch hier setzt sich der für die Personengesellschaften bestehende Streit fort, ob dem einzigen vertretungsberechtigten Komplementär die Vertretungsmacht ent-

---

1) §§ 278 Abs.2 AktG, 161 Abs.2, 125 HGB; Würdinger, AktR, S.242.

2) für Komplementär §§ 125, 126 HGB, für Vorstand § 78 Abs.2 AktG (Kollektivvertretungsmacht).

3) vom 15.8.1969 in BGBl. 1969 I, 1146; vgl. Gessler, AktG, § 281 Anm.1; Godin-Wilhelmi, AktG, Anm. zu § 282.

4) allerdings sind sämtliche Formen der Gesamtvertretung möglich, vgl. dazu Möhring-Tank, Handbuch, S.274, Rnd.627.

5) vgl. dazu Hueck, GesellR, S.237; Lehmann-Dietz, GesellR, S.409.

6) Sie kann jedoch durch die Satzung mit interner Wirkung beschränkt werden; vgl. Gessler, AktG, § 77 Anm.1; Hefermehl, Aktiengesellschaft, § 78 Anm.1.

7) §§ 278 Abs.2 AktG, 161 Abs.2, 127 HGB.

zogen werden kann [1].

Wird dem einzigen Komplementär der KGaA die Vertretungsmacht entzogen, so wird die KGaA handlungsunfähig. Sie kann nach außen nicht mehr tätig werden und verliert ihre Funktion als werbende, erwerbswirtschaftliche Unternehmung [2]. Dazu kann das Recht nicht die Hand reichen [3]. Eine Abhilfe könnte durch eine gerichtliche Bestellung eines Vertreters in sinngemäßer Anwendung des § 29 BGB [4] oder § 85 AktG [5] geschaffen werden. Nicht kann diese Möglichkeit mit der Begründung zurückgewiesen werden, damit werde gegen den bei der KGaA geltenden Grundsatz der Selbstorganschaft verstoßen [6]. Dieser Grundsatz ist selbst im Recht der Personengesellschaften kein unabdingbares Prinzip. Er wird in Einzelfällen durchbrochen [7]. So ist anerkannt, daß die durch Vererbung verloren gegangene Einheit der Teilhaberschaft durch Bestellung eines gemeinsamen Vertreters wiederhergestellt werden kann [8].

---

1) vgl. für OHG allgem.Meinung: zulässig, BGH in BGHZ 33,105; Westermann, H., Handbuch, Rnd.149; ablehnend Buchwald-Tiefenbacher, aaO. S.24; für KG allgm. Meinung: ablehnend, BGH in BGHZ 51,198 (Leitsatz und 200/201); Wiedemann in JZ 69,471 m.w.Nachweisen;
bei KGaA ablehnend: Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.13; Joens, aaO. S.61; zulässig: RG in RGZ 74,297 (301); Barz in Gadow, GroßK AktG, § 219 Anm.22; Gessler, AktG, § 278 Anm.2; Schreiber, aaO. S.114, 115.

2) sofern die Satzung nicht bestimmte Vorkehrungen für diesen Fall getroffen hat.

3) im Ergebnis so Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.13; Joens aaO. S.61; a.A. wohl Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 219 Anm.8.

4) so RG in RGZ 74,297 (301).

5) so Teichmann-Koehler, AktG, § 219 Anm.3, die ausnahmsweise bei der KGaA einen Vorstand zulassen wollen.

6) so Joens, aaO. S.61.

7) vgl. dazu Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.116; Westermann, H., Handbuch, Rnd.149.

8) vgl. zur sog. 'Vertreterklausel' Teichmann, aaO. S.113; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.341 und 344; BGH in BGHZ 46,291(297), der allerdings die Zulässigkeit bei Komplikationen beschränkt.

Das Prinzip der Selbstorganschaft allein vermag die gerichtliche Bestellung eines 'Ersatzkomplementärs' noch nicht auszuschließen. Hinzu kommt jedoch, daß der Komplementär der KGaA nicht lediglich ein vorübergehend dienstverpflichteter Angestellter der KGaA, sondern Unternehmer und Mitträger einer werbenden Gesellschaft ist. Eine solche Stellung kann einer anderen Person nicht gegen oder ohne den Willen der übrigen Mitglieder des Verbandes übertragen werden. Ihre Mitwirkung wird aber im Falle einer gerichtlichen Bestellung zum Komplementär gemäß § 29 BGB oder § 85 AktG ausgeschlossen [1].

Sind noch weitere Komplementäre als der einzig vertretungsberechtigte persönlich haftende Gesellschafter in der KGaA vorhanden, so schließt ein Entzug der Vertretungsmacht nicht zwangsläufig die Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft [2] ein, so daß er nicht unzulässig erscheint.

Bei der AG besteht zwischen dem Erlöschen von Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht kein Unterschied. Einen formellen Entzug gibt es nicht. Die Vertretungsmacht erlischt automatisch mit dem Widerruf zur Bestellung als Vorstandsmitglied [3] oder dem regulären Ablauf der vorgesehenen Amtszeit.

IV. Rechtsbeziehungen der Komplementäre zu Mitgesellschaftern

Die unterschiedliche Rechtsstellung von Vorstand und Komplementär findet auch Niederschlag in ihren Beziehungen zu den Mitgesellschaftern.

Die eigene Rechtspersönlichkeit der juristischen Person, so wird vielfach angenommen [4], beseitige jegliche Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedern des Verbandes, während bei nicht rechtsfähigen Gesellschaften derartige Beziehungen

---

1) im Ergebnis wie hier - ohne Begründung - Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.13.

2) wie bei der OHG denkbar z.B. nunmehrige Gesamtvertretung aller Komplementäre; vgl. dazu BGH in BGHZ 33,105(108).

3) Dritten gegenüber gilt allerdings der Schutz des § 15 HGB; Baumbach-Hueck, AktG, § 84 Anm.18.

zwischen den Gesellschaftern als Vertragspartnern beständen. Diese Auffassung scheint Rückhalt im Gesetz zu finden. Der Gesetzgeber hat die Rechtspersönlichkeit nicht abstrakt und generell geregelt, sondern in konkretem Zusammenhang mit einer Gesellschaft [1]. Die Eigenschaft als juristische Person ist dabei den Vereinen, im Unternehmensrecht also den Kapitalgesellschaften, zuerkannt worden. Die Loslösung des Vereins von seinen Mitgliedern und das darauf basierende Fehlen eines gesellschaftsrechtlichen Bandes zwischen den Mitgliedern legt den Schluß von der Identität von eigener Rechtspersönlichkeit und fehlendem Gesellschaftsverhältnis der Mitglieder nahe.

Es handelt sich jedoch um einen Trugschluß [2]. Die juristische Person als rechtstechnische Zweckschöpfung ermöglicht einem Verband die Zuordnung und den Erwerb eigener Rechte. Diese Rechtsträgerschaft der Gesellschaft ist zu unterscheiden von der personenbezogenen Innenordnung der Gesellschaft. Die rechtstechnische Zuordnung von Vermögensrechten und die Innenordnung einer Personenmehrheit sind verschiedene Bereiche, die nicht in einem unlösbaren Abhängigkeitsverhältnis stehen. Eine Regelverknüpfung von Rechtspersönlichkeit mit körperschaftlicher Verfassung und von Fehlen der juristischen Persönlichkeit bei der Gesellschaft im engeren Sinn [3] mit personalistischer Verfassung stellt kein zwingendes Prinzip dar. Rechtsgemeinschaft und Personenverband folgen unterschiedlichen Regelungen. Die Beziehungen der einzelnen Gesellschafter werden nicht zwangsläufig davon bestimmt, ob der Gesellschaft

---

4) so z.B. Georgakopoulos, Gründung, S.48; Joens, aaO. S.22, 31; Möhring-Tank, Handbuch, S.277 Rnd.631; wohl auch Ritter, AktG, § 219 Anm.4 a und b; Würdinger, AktR, S.238.

1) Winkler in NJW 70,1068.

2) Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.8, spricht von 'Legende'.

3) Personengesellschaft hier im Gegensatz zur Körperschaft als privatrechtliche Vereinigung, die die Erreichung eines gemeinsamen Zwecks erstrebt und durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung mit der erforderlichen Organisation zustande kommt; Westermann, H., Handbuch, Rnd.1 und 12; auch Simon-v.Schönfeld, Gesellschaftsformen, S.1 und 3.

im Außenverhältnis eine selbständige Einheit zuerkannt ist. Die Rechtsform der juristischen Person steht einem gesellschaftsrechtlichen Verhältnis der Gesellschafter untereinander nicht entgegen [1].

Über die Beziehungen des Vorstands der AG zu den Mitgliedern der AG besteht Einigkeit. Da die Vorstandsmitglieder als solche nicht Mitglied oder Gesellschafter der AG werden, sind sie mit den Mitgeschäftsführern und den eigentlichen Gesellschaftern, den Aktionären, gesellschaftsrechtlich nicht verbunden. Die Frage derartiger Beziehungen in der KGaA wird nicht einheitlich beantwortet.

1. Die Vorstellung über die Zwangsehe von juristischer Persönlichkeit und Vereinsstruktur hat auch die Frage der Rechtsbeziehungen unter mehreren persönlich haftenden Gesellschaftern der KGaA beeinflußt. Die überwiegende Zahl der Autoren [2] ist der Auffassung, zwischen den Komplementären der KGaA bestände kein individuelles Rechtsband, sie hätten jeweils rechtliche Beziehungen allein zur Gesellschaft selbst.

Diese Auffassung stößt sich bereits am Wortlaut des § 278 Abs.2 AktG [3]. Sie widerspricht auch der engen historischen Anlehnung der KGaA an die KG. Selbst wenn man den in § 278 Abs.2 AktG verwandten Begriff 'Rechtsverhältnis' entgegen

---

1) so auch Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S.274; Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 1 Anm.4 und 5; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.8/9; Winkler in NJW 70,1069; wohl auch Tielsch, Beschränkte Haftung, S.34, wonach die juristische Persönlichkeit kein Erkenntnismittel für die innere Verschiedenheit der Handelsgesellschaften ist.

2) Joens, aaO. S.22, 31; Elschenbroich, KGaA, S.108; Möhring-Tank, Handbuch, S.277, Rnd.631; Schilling in JZ 53,492; Würdinger in ZAK 40,315 speziell zum Verhältnis Komplementär und Aktionär; wohl auch Georgakopoulos, Gründung, S.48; nicht eindeutig, wohl aber a.A. Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.10.

3) Daher schließt Ritter, AktG, § 219 Anm.4a aus dem Wortlaut, daß der Gesetzgeber bei der KGaA diese Rechtsbeziehungen entgegen der sonstigen Regelung bei Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit ausdrücklich gewollt habe.

der hier vertretenen Auffassung lediglich als organisatorisches Zuständigkeitsverhältnis [1] auffaßt, können aber Rechtsbeziehungen der Komplementäre untereinander nicht negiert werden. Gerade das organisatorische Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander entscheidet darüber, ob die Gesellschafter in Rechtsbeziehungen miteinander stehen. Baut die Innenordnung des Verbandes auf der Person des Gesellschafters und seinen Eigenarten auf, so liegt darin ein personalistisches Strukturelement, dessen Kennzeichen ein individualrechtliches Band unter den Gesellschaftern ist. Auf dieses Band weist § 278 Abs.2 AktG ausdrücklich hin, wenn es das Verhältnis der Komplementäre zueinander dem Handelsrecht unterstellt. Die Komplementäre verbindet in besonderem Maß das Wohl und Wehe der Gesellschaft. Sie sind einander als Mitträger des Unternehmens zu besonderer Treue verpflichtet. Gesetzlich konkretisierter Ausfluß der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ist das Wettbewerbsverbot [2] und die Pflicht der Gesellschaft, den Komplementären Aufwendungen und Verluste in Angelegenheiten der Gesellschaft zu erstatten [3]. Außerdem ist die Regelung der Mitwirkung der Gesellschafter bei außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen i.S. des § 116 HGB Ausdruck einer spezifisch gesellschaftsrechtlichen Wohlverhaltenspflicht.

Diese das Verhältnis der Komplementäre untereinander prägenden Eigenheiten auf eine für Kapitalgesellschaften nur begrenzt [4] anwendbare Treueverpflichtung zu stellen, erscheint gekünstelt [5]. Unerklärlich ist im Grunde ohne individual-

---

1) so Würdinger in ZAK 40,315; ihm folgend Joens S.22.

2) § 284 AktG; so für die OHG Westermann, H., Handbuch, Rnd.252.

3) § 110 HGB, den auch Joens S.64 für die KGaA anwendet.

4) vgl. Schilling in JZ 53,489/490; so wohl auch Würdinger in ZAK 40,316 und AktR, S.240.

5) Das entspricht auch nicht den in der Praxis tatsächlich bestehenden engen Beziehungen der Komplementäre untereinander.

rechtliches Band der Gesellschafter untereinander, daß ein Komplementär es in der Hand hat [1], die Auflösung der Gesellschaft zu veranlassen. Ein wichtiger Grund i.S. des § 133 HGB besteht vornehmlich in der Zerstörung der gemeinsamen Vertrauensbasis [2] unter mehreren Gesellschaftern. Eine so motivierte Auflösung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter widerspricht der Annahme eines körperschaftlichen Verhältnisses unter den Komplementären, das gerade durch seine Personenunabhängigkeit gekennzeichnet ist.

Diese gesellschaftsrechtliche Verbundenheit der Komplementäre der KGaA untereinander [3] findet sich auch nicht in ähnlicher Weise bei der AG [4]. Die Basis der Beziehungen der Vorstandsmitglieder der AG und der Komplementäre der KGaA ist nicht identisch.

2. Zweifelhaft erscheint die Stellung der Kommanditaktionäre in der KGaA und ihr Verhältnis zu den Komplementären [5].

a. Die in § 278 Abs.2 AktG angesprochene Gesamtheit der Kommanditaktionäre hat Ritter [6] zu der Annahme veranlaßt, sie bilde einen eigenen Verband mit Rechtspersönlichkeit. Für die Fiktion einer juristischen Person in der juristischen Person [7] besteht weder ein Anlaß noch eine Notwendigkeit. An-

---

1) §§ 289 AktG, 133 HGB, vgl. dazu Martin S.29.

2) vgl. Baumbach-Duden, HGB, § 133 Anm.3 C; Möhle, Personengesellschaft S.181, Zwr.2; BGH in BGHZ 4,108,109 (Leitsatz 2 und 113).

3) so auch Martin, aaO. S.16; wohl auch Gessler, AktG, § 278 Anm.2; Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 219 Anm.2, unter Bezugnahme auf § 1 Anm.4.

4) vgl. dazu Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.7 und 10; Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S.271.

5) vgl. zur Auferlegung besonderer Aktionärspflichten Godin, R. in DR 40,1445; Würdinger in ZAK 40,314ff; Winkler in NJW 70,1066.

6) Ritter, AktG, § 219 Anm.4 b.

7) so auch Hueck, GesellR, S.237; Würdinger, AktR, S.240.

gesprochen ist in § 278 Abs.2 AktG die Gesamtheit der Aktionäre nicht als rechtliche, sondern als organisatorische Zusammenfassung[1], wie ehemals auch die Aktionäre der AG. Die Kommanditaktionäre müssen im Grundsatz[2] den Komplementären mit einem mehrheitlich gefaßten Willen gegenübertreten. Eine Vertrauensbasis, wie sie in der KG zwischen Komplementär und Kommanditist besteht, ist zwischen Komplementär und Kommanditaktionär in der KGaA nicht gesetzestypisch. Der Kommanditaktionär kann nicht wie der Kommanditist der KG[3] durch sein Ausscheiden aus der KGaA eine Auflösung der Gesellschaft erreichen. Für eine Kündigung der Gesellschaft oder eine gerichtliche Auflösungsentscheidung bedarf er der Assistenz der übrigen Aktionäre[4]. Auch die Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen berührt im Gegensatz zu §§ 131 Nr.5, 161 Abs.2 HGB die rechtliche Existenz der KGaA nicht[5]. Den einzelnen Kommanditaktionär verbindet kein gesellschaftsrechtliches Band mit dem Komplementär[6].

In seiner Funktion als Kapitalgeber steht der Kommanditaktionär dem Aktionär der AG gleich. Etwaige mitgliedschaftliche Nebenverpflichtungen sowohl gegenüber den Komplementären als auch gegenüber der Gesellschaft sind nur durch vinkulierte Namensaktien möglich, wenn sie in der Aktie selbst angegeben und auf wiederkehrende, nicht in Geld bestehende Leistungen gerichtet sind[7]. Die Zulassung personenrechtlich

---

1) Tielsch, Beschränkte Haftung, S.16; Haupt-Reinhardt, GesellR, S.54; Schlegelberger-Quassowski, AktG § 219 Anm. 12; Würdinger in ZAK 40,315 und AktR, S.244.

2) soweit nicht eine Kollision zu einer anderen Interessenentscheidung zwingt; vgl. oben S. 53/54.

3) vgl. Möhle, Personengesellschaft, S.295, Ngr.1.

4) § 289 Abs.4 AktG.

5) vgl. § 289 Abs.3 AktG.

6) so auch Elschenbroich, KGaA, S.108; Ritter, AktG, § 219 Anm.4; Würdinger, AktR, S.238; a.A. Godin in DR 40,1445; Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 219 Anm.2.

7) vgl. Winkler in NJW 70,1066; § 55 AktG.

verbundener, gewöhnlicher Kommanditisten durch eine Beteiligung mit freier Einlage ist in der KGaA nicht möglich [1].

b. Die Organe der Gesamtheit der Kommanditaktionäre sind wie bei den Aktionären der AG die Hauptversammlung und der Aufsichtsrat. Beide Organe haben Doppelfunktion, sie sind gleichzeitig Organ der Gesellschaft und Vertreter des Kommanditaktionärsverbandes [2].

aa. Die Stellung der Hauptversammlung der KGaA unterscheidet sich maßgeblich von der der AG. Dort oberstes Organ der Willensbildung, ist sie bei der KGaA lediglich ein Glied im Willensbildungsprozeß der KGaA, das andere Glied bildet der persönlich haftende Gesellschafter [3]. Das Zusammenwirken in der Willensbildung findet besonderen Ausdruck bei der für das wirtschaftliche Ansehen und die Kreditwürdigkeit des Unternehmens bedeutsamen Feststellung des Jahresabschlusses [4]. Verweigert einer der Komplementäre seine Zustimmung, so muß die Gesellschaft, vertreten durch den Aufsichtsrat, gegen den Komplementär auf Feststellung des Jahresabschlusses klagen [5].

Die in entscheidenden Angelegenheiten notwendige Mitwirkung des Komplementärs bildet einen natürlichen Schutz gegen Stimmenüberfremdung [6]. Die Verfolgung anderer, sich nicht mit den Interessen der KGaA deckender Ziele wird erschwert [7]. Die

---

1) so wohl überw. Meinung; Barz in Gadow, GroßK AktG, § 219 Anm.5; Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.2 und 18; Ott, Jürgen, aaO. S.131; Baumbach-Hueck, AktG, § 278 Anm.4; offen Würdinger, AktR, S.243; a.A. Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 231 Anm.7.

2) Godin-Wilhelmi, AktG, § 287 Anm.1; Joens, aaO. S.17; Elschenbroich, S.117 und 132; Kummer S.43.

3) vgl. § 285 AktG; Gail in WP 66,426; Kummer S.36.

4) § 286 AktG; demgegenüber wird der Jahresabschluß der AG üblicherweise von Vorstand und Aufsichtsrat festgestellt, § 172 AktG; eine Mitwirkung der Hauptversammlung nach § 173 AktG ist die Ausnahme; vgl. Baumbach-Hueck, AktG, § 286 Anm.1

5) vgl. Möhring-Tank, Handbuch, S.281; Rnd.640.

6) so auch Elschenbroich, KGaA, S.97; Ott, Jürgen, aaO. S.59.

Hauptversammlung der KGaA besitzt nicht die Allmacht wie bei der AG. Die Komplementäre haben nicht nur wie der Vorstand der AG ein Anwesenheitsrecht in der Hauptversammlung [1], sondern ihnen steht ein gleichrangiges Mitspracherecht in entscheidenden Fragen der Gesellschaft zu. Das Zusammenwirken von Komplementär und Aktionärsverband soll sich nach § 278 Abs.2 AG nach den Regeln über das Verhältnis von Kommanditisten zum Komplementär der KG abwickeln. Dort stehen diese Beziehungen unter dem besonderen Postulat des Handelns zum Wohle der Gesellschaft, eine dem Gesellschaftsrecht des HGB immanente Verpflichtung des Gesellschafters.

bb. Neben seiner Stellung als Kontrollorgan der KGaA, in der er die Geschäftsleitung daran hindern soll, persönliche Vorteile zum Nachteil der Gesellschaft anzustreben [2], hat der Aufsichtsrat der KGaA für die Ausführung der Beschlüsse der Kommanditaktionäre zu sorgen [3]. Dabei hat er die im Mitwirkungsprozeß der Willensbildung der Gesamtheit der Kommanditaktionäre obliegende Verpflichtung der besonderen Beachtung des gesellschaftsrechtlichen Wohlverhaltens zu erfüllen [4].

Diese Wohlverhaltensverpflichtung ist Kennzeichen des zwischen den Gesellschaftern des HGB bestehenden gesellschaftsrechtlichen Bandes [5]. Die Kommanditaktionäre stehen somit

---

7) Daher konstatieren eine gewisse Abneigung der Banken gegen eine Beteiligung an KGaA Elschenbroich, S.97, 141; Ott, Jürgen, aaO. S.59, 111; auch Spalcke S.83/84 unter Hinweis auf die Interessenunterschiede.

1) Lehmann-Dietz, GesellR S.410; für den Vorstand § 118 II AktG; vgl. dazu Baumbach-Hueck, AktG, § 118 Anm.11.

2) vgl. Teichmann, aaO. S.72, als Gesellschafterschutzfunktion.

3) vgl. Godin-Wilhelmi, AktG, § 287 Anm.1; Joens S.17; Kummer S.43.

4) vgl. dazu BGH in BGHZ 34,80(83) und 30,95(101/102); Hueck, GesellR, S.31/32, 68/69; Möhle, Personengesellschaft, S.19, 58/59, Ngr.6; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 109 Anm.1.

5) vgl. Fischer in NJW 54,778.

zwar nicht als Einzelperson mit den Komplementären in Rechtsbeziehungen qua Gesellschaftsverhältnis [1], in ihrer organisatorischen Zusammenfassung als Kommanditaktionärsverband sind sie jedoch mit den Komplementären ebenso durch ein gesellschaftsrechtliches Verhältnis verbunden wie die Komplementäre der KG mit den Kommanditisten [2].

Während die Vorstandsmitglieder der AG keine gesellschaftsrechtlichen Beziehungen zu den Gesellschaftern der AG haben, besteht innerhalb der KGaA ein gesellschaftsrechtliches Band zwischen den Komplementären untereinander und den Komplementären im Verhältnis zu der Gesamtheit der Kommanditaktionäre. Dies Band ist kennzeichnend für die innere Struktur der KGaA, die insoweit personenrechtliche Züge trägt.

V. Motivation für § 76 Abs.3 AktG

Nach der Auffassung der Befürworter der Zulassung juristischer Personen als Komplementär der KGaA erscheint der Ausschluß der juristischen Person im Vorstand der AG unter Anknüpfung an die unterschiedliche Rechtsstellung der Geschäftsleiter in AG und KGaA geradezu als Gebot materieller Ordnungsgesetzlichkeit. Nach Möhring-Tank [3] sollen in der AG nur dem Aufsichtsrat bekannte Persönlichkeiten zu Vorstandsmitgliedern bestellt werden. § 76 Abs.3 AktG, so meint Helm [4], gründe sich auf die den Aktionären einem fremden

---

1) so überw. Meinung, vgl. Joens S.47; a.A. Godin in DR 40,1445; Gierke aaO. S.397, der von klagbaren Rechtsbeziehungen der Mitglieder der KGaA untereinander spricht; Schlegelberger-Quassowski, AktG, § 219 Anm.2.

2) dahin tendierend Barz in Gadow, GroßK AktG, § 219 Anm.14; Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.10; Joens S.47; Martin S.16; a.A. Würdinger, AktR, S.240.

3) Möhring-Tank, Handbuch, S.273 Rnd.625.

4) Helm, Fälle, S.73.

Vermögensverwalter gegenüber abverlangte Vertrauensübertragung. Vertrauen verlange als Delegationsempfänger eine menschliche Person, nicht aber eine imaginäre Organisation wie eine juristische Person. Das OLG Hamburg [1] schließlich befaßt sich mit den Gründen für die aktienrechtliche Regelung gar nicht erst, es erachtet den Unterschied von Vorstand und Komplementär zur Ablehnung des § 76 Abs.3 AktG für die KGaA als ausreichend. Erst ein Erfassen der Gründe für den Ausschluß juristischer Personen im Vorstand der AG ermöglicht eine interessengerechte Beurteilung des Anwendungsbereichs des § 76 Abs.3 AktG.

1. Bei einem Blick in das Schrifttum zu § 76 Abs.3 AktG gewinnt man in der Tat den Eindruck, als sei diese Vorschrift ein Gebot materieller Gerechtigkeit. Es verstehe sich von selbst [2], daß der Vorstand der AG nur aus natürlichen Personen bestehen könne, das erkläre sich bereits aus dem Wesen des Vorstandsamtes [3]; so und ähnlich [4] lautet der einmütige Tenor bei der Behandlung des Vorstandes der AG.

Diese Einmütigkeit hat nicht immer bestanden. Vor dem gesetzlichen Ausschluß juristischer Personen als Vorstandsmitglied war es umstritten, ob der Vorstand der AG aus juristischen Personen bestehen konnte [5]. Der Streit wurde i.S. des heutigen § 76 Abs.3 AktG erst durch die gesetzliche Regelung

---

1) OLG Hamburg in GmbHR 69,135 ff = NJW 69,1030 ff.

2) so Schmidt-Meyer-Landhut in Gadow, GroßK AktG (2.Aufl.), § 75 Anm.2.

3) so Balser, AktG, Bd.I, S.62; Godin-Wilhelmi, AktG, § 76 Anm.9; der Vorstand sei Handelnder einer juristischen Person, also könne dies nicht wiederum eine andere juristische Person sein; Anklänge auch im Entwurf des Aktiengesetzes 1960, Ausführungen zu § 73, S.121.

4) LG Hamburg in AktG 68,194, das Verbot juristischer Personen als Vorstand stelle die Leitung der AG unter eigener Verantwortung nach § 76 Abs.1 AktG sicher.

5) vgl. dazu Goldschmidt, F., AktG, § 231 Anm.20, der sich für eine Zulassung aussprach; dagegen mit Brodmann, AktR, § 231 Anm.4 überw. Meinung.

des § 75 Abs.1 Satz 3 AktG 1937 entschieden.

Für die Gläubiger der AG war die Zusammensetzung des Vorstands aus natürlichen oder auch juristischen Rechtspersönlichkeiten nicht bedeutsam. Ihnen haftete allein das Gesellschaftsvermögen [1]. Eine Inanspruchnahme der Vorstandsmitglieder bei Pflichtverletzung war auch bei Zulassung juristischer Personen im Interesse der Aktionäre i.S. des § 93 AktG gleichermaßen gewährleistet. Durch die Bestellung juristischer Personen zum Vorstandsmitglied wäre auch nicht die ständige Abhängigkeit und Kontrolle des Geschäftsführungsorgans der AG von anderen Gesellschaftsorganen verloren gegangen.

Der Ausschluß juristischer Personen von der Geschäftsführung der AG war ebenso ein Gebot gesetzgeberischer Zweckmäßigkeit wie die spätere gesetzliche Entscheidung [2], daß nur unbeschränkt geschäftsfähige Personen Vorstandsmitglied sein können. Die leichte Abberufbarkeit eines Vorstandsmitglieds läßt es nicht geboten erscheinen, eine mit erheblichem Gründungsaufwand ausgestattete, auf Dauer angelegte juristische Person in die Geschäftsführerposition zu berufen [3]. Die Berufung und Abberufung eines Gebildes, dessen Rechtspersönlichkeit sich nicht allein aus seiner Existenz als Person ergibt, kompliziert die auf kurzfristige Kontrollentscheidungen ausgerichtete Geschäftsführerüberwachung. Kennzeichnend für den Vorstand der AG ist die hohe personelle Mobilität. Sie würde bei der Zulassung juristischer Personen über Gebühr strapaziert. Daher hat der Gesetzgeber zweckmäßigerweise juristischen Personen den Zugang zum Vorstand der AG verwehrt.

---

1) § 93 Abs.5 AktG bildet eine Ausnahme; vgl. Baumbach-Hueck, AktG, § 93 Anm.15; Gessler, AktG, § 93 Anm.7.

2) erst durch das AktG von 1965, vgl. zum vorherigen Streit Godin-Wilhelmi, AktG, § 76 Anm.9; auch Entwurf des AktG 1960, Ausführung zu § 73, S.121.

3) Die Tätigkeit als Vorstand würde regelmäßig einziger Unternehmensgegenstand der juristischen Person sein, auch unter Berücksichtigung des Wettbewerbsverbots nach § 88 AktG.

2. Gesetzgeberische Zweckmäßigkeitsentscheidungen für die AG gelten ohne ausdrückliche Anordnung für die KGaA im Spannungsfeld von § 278 Abs.2 AktG und § 283 AktG nicht. In Zweckmäßigkeitsfragen ist der Anwendung des Aktienrechts gegenüber dem Handelsrecht kein Vorrang einzuräumen.

Für die KGaA erscheint eine ähnliche Zweckmäßigkeitsentscheidung wie für die AG auch unangebracht. Die Ausgangslage ist bei der KGaA grundlegend anders als bei der AG. Die sachliche Souveränität des Vorstands der AG ist verbunden mit der starken personellen Abhängigkeit jedes einzelnen Mitglieds des Geschäftsführungsorgans. Den gesetzestypischen Komplementär der KGaA zeichnet dagegen eine größere sachliche Beschränkung in der Leitung der Gesellschaft aus, die wiederum gepaart ist mit einem Höchstmaß an persönlicher Souveränität. Diese gesellschaftsinterne Souveränität endet gewolltermaßen erst dort, wo natürliche Seinsgesetzlichkeiten wie der Tod ihren Geschäftsführern die Ausübung der Leitungsmacht entziehen. Die darauf basierende Instabilität in der Person des Geschäftsführers ist eine ungewollte, notwendige Konsequenz von Ereignissen außerhalb des gesellschaftsrechtlichen Bereichs. Eine mögliche Verkleinerung dieses Einflußbereichs liegt auf der Linie der gesetzlich apostrophierten Souveränität des Komplementärs und im wohlverstandenen Interesse der Gesellschafter der KGaA. Der Bereich außergesellschaftsrechtlicher Einflußnahme läßt sich durch die Übertragung der Komplementärstellung auf eine juristische Person weitgehend reduzieren.

Bei der AG liegt die Instabilität der Mitglieder der Geschäftsführung nicht im außergesellschaftlichen Bereich, sondern ist gewollte Folge einer ständigen Abhängigkeit vom Wohlwollen anderer Gesellschaftsorgane. Diese Abhängigkeit gebietet zweckmäßigerweise eine Nichtzulassung juristischer Personen, während die ungewollte, zwangsläufig außergesellschaftliche Instabilität bei der KGaA geradezu danach verlangt, durch Einbeziehung juristischer Personen in den Kreis

der Komplementäre diesen Unsicherheitsfaktor im Sinne einer gesellschaftsfreundlichen Stabilität zu beseitigen.

Daß eine juristische Person Unternehmeraufgaben [1] wahrnimmt, ist nun keine Besonderheit [2]. Der Rechtsstellung des Komplementärs in der KGaA läuft eine juristische Person nicht zuwider, sie beseitigt vielmehr eine chronische Schwäche [3] dieser Gesellschaftsform. Von der inneren Machtstruktur der KGaA her und aus einem Vergleich zum Vorstand der AG ergibt sich kein Anlaß, juristische Personen von der Komplementärstellung der KGaA auszuschließen. Der Interessenvergleich zwischen dem Vorstand der AG und dem Komplementär der KGaA hat keine zwingenden Gerechtigkeitsvorstellungen offenbart, die den Vorrang des Aktienrechts vor der Vertragsfreiheit des Handelsrechts geboten erscheinen ließen. Die Zweckmäßigkeitsentscheidung [4] des § 76 Abs.3 AktG ist nicht über § 283 AktG entsprechend auf die KGaA anzuwenden.
Die Frage der Zulassung juristischer Personen als Komplementär fällt somit grundsätzlich in den vertragsfreiheitlichen Raum des § 278 Abs.2 AktG.

Dieser Raum läßt aber nicht jede gesellschaftsrechtliche Gestaltung zu. So wird er begrenzt durch das eigengesetzliche Haftungssystem der KGaA.

---

1) Komplementär der KGaA ist Unternehmer; so RG in RGZ 152,12 (18); Elschenbroich, KGaA, S.137; a.A. wohl Fehr, Struktur, S.33/34; Spalcke S.81.

2) AG, KGaA und GmbH sind als solche selbst Kaufmann; vgl. Baumbach-Duden, HGB, Anm. zu § 6.

3) vgl. Peter, Neuzeitliche Gesellschaftsverträge, S.277.

4) Daher ist auch keine volle Geschäftsfähigkeit für den Komplementär der KGaA zu fordern; so Baumbach-Hueck, AktG, § 278 Anm.3, der hier gegenüber der Frage der Zulassung juristischer Personen § 76 Abs.3 AktG nicht anwendet; Lehmann-Dietz, GesellR, S.408, allerdings mit der Einschränkung, daß der Komplementär dann von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sein muß; a.A. Barz in Gadow, GroßK AktG, § 219 Anm.10; Gessler, AktG, § 278 Anm.2; offen OLG Hamburg in GmbHR 69,138 = NJW 69,1034.

E. Haftungssystem der KGaA

Die Frage, ob das Haftungssystem der KGaA eine juristische Person als Komplementär zuläßt, wäre mit einer Parallelisierung zur GmbH & Co. und der dort weitgehend anerkannten Vereinbarkeit [1] nicht sachgemäß beantwortet [2]. Dabei würde außer acht gelassen, daß nicht nur im Verhältnis von Personen- und Kapitalgesellschaften unterschiedliche Haftungsregelungen bestehen [3], sondern daß jede Gesellschaftsform eine für sie eigene Ausgestaltung der Innenordnung und der Haftungslage hat. Unabhängig von der Forderung, daß die Folgerung aus einem für eine Gesellschaft anerkannten Rechtssatz nicht bis zur Absurdität vorgenommen werden darf [4], scheitert eine Parallelisierung im Bereich der Haftung an den unterschiedlichen inneren Strukturgefügen der Gesellschaftsformen, deren Korrelat nach der gesetzestypischen Regelung die Haftung ist. Jede Gesellschaftsform beantwortet die für sie entscheidenden Haftungsfragen aus sich selbst heraus. Ob der Haftung darüber hinaus eine besondere, unverrückbare Funktion zuerkannt werden muß, ist damit nicht präjudiziert.

I. Formelle Seite der Haftung

Auch das Haftungssystem der KGaA ist gekennzeichnet von der Bipolarität der in ihr versammelten Gesellschafter. Im Gegensatz zur KG, bei der der Kommanditist den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage haftet, trägt der Kom-

---

1) vgl. Mertens in NJW 66,1052 und GmbHR 67,45; Ott, Claus, Typenzwang, S.20; Westermann, H., Handbuch, Rnd.116 bezeichnet sie als 'absolut herrschende Meinung'; Westermann, H.P., in ZRP 72,63; Überblick über den alten Streitstand bei Hesselmann, GmbH & Co., S.11 Fußnote 32.

2) so aber OLG Hamburg in GmbHR 69,138 = NJW 69,1033; Hesselmann in GmbHR 69,141.

3) vgl. Pflug in NJW 71,349.

4) so gegen eine Parallelisierung von GmbH & Co. auf die KGaA Flechtheim in Düringer-Hachenburg, HGB, § 320 Anm.5; Kummer S.15.

manditaktionär der KGaA allein das Risiko des wirtschaftlichen Verlustes seiner Aktieneinlage [1]. Eine Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft ist nicht vorgesehen.

Demgegenüber haftet der Komplementär mit seinem ganzen Vermögen nach zwei Richtungen. Im Innenverhältnis zur Gesellschaft trägt er die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Vorstands der AG[2], im Außenverhältnis hat er mit seinem ganzen Vermögen den Gesellschaftsgläubigern für die Schulden der KGaA einzustehen. Diese Haftungsmodalität des Komplementärs der KGaA unterscheidet sich von der der Personengesellschaften durch den strengeren Haftungsmaßstab im Innenverhältnis [3]. Dieser Haftungsmaßstab kann nicht einverständlich geändert werden [4]. Gegenüber den Kapitalgesellschaften liegt die Besonderheit der Haftung des Komplementärs der KGaA darin, daß den Gläubigern der KGaA neben dem Zugriff auf das Vermögen der Gesellschaft auch das Vermögen des Komplementärs als Haftungsobjekt zur Verfügung steht.

Daß auch eine juristische Person durch ihre Organe die Verantwortung eines ordentlichen Geschäftsleiters übernehmen kann, begegnet keinen Bedenken [5]. Fraglich erscheint jedoch schon begrifflich, ob eine juristische Person entsprechend dem Ver-

---

1) Elschenbroich, KGaA, S.77; Hueck, GesellR, S.237; Möhring-Tank, Handbuch, S.271 Rnd.622.

2) vgl. §§ 283 Nr.3, 93 AktG.

3) Den Komplementär der Personengesellschaft trifft lediglich die diligentia quam in suis des § 708 BGB; ehemals galt sie auch für den Komplementär der KGaA, erst durch § 225 Nr.3 des AktG 1937 wurde die verschärfte Innenhaftung des Vorstands der AG für die KGaA eingeführt, vgl. dazu Kummer, S.45; Schreiber S.101.

4) so früher Kummer, aaO. S.53; heute anders, vgl. Baumbach-Hueck, AktG, § 93 Anm.6; Godin-Wilhelmi, AktG, § 93 Anm.4; Mertens in Kölner Kommentar, § 93 Anm.3.

5) Bei der GmbH & Co. hat man zunächst darüber gestritten, ob eine juristische Person durch die Handlungen eines anderen Geschäftsführers ohne eigene Einflußnahme verpflichtet werden dürfe; vgl. dazu Boesebeck, Die kapitalistische KG, S.73/74; Zielinski, Grundtypenvermischungen, S.75 und 107; zu Recht hat sich allgemein die Auffassung durchgesetzt,

langen des § 278 Abs.1 AktG 'persönlich' haften kann.

1. Haftung ist das rechtliche Einstehenmüssen für eine geschuldete Leistung [1]. Die Adjektive persönlich und unbeschränkt werden bei der Haftung im Gesellschaftsrecht teilweise nebeneinandergesetzt [2], ohne daß man sich darüber Rechenschaft ablegt, daß die persönliche Haftung als Rechtsbegriff ein Anachronismus ist. Diese Unachtsamkeit führt unversehens zur Gleichsetzung des Begriffs der persönlichen Haftung mit der Haftung einer natürlichen Person.

Im eigentlichen Sinn des Wortes kann von einer persönlichen Haftung nur da die Rede sein, wo der Schuldner mit seinem Leib für die Erfüllung der Verpflichtung einsteht, der Leib selbst Exekutionsobjekt oder die Persönlichkeit des Schuldners für die Erfüllung mitengagiert ist [3]. Diese ehemals im Recht gebräuchliche Haftung kennt unsere Rechtsordnung nicht mehr. Losgelöst von der Person des Pflichtigen als Haftungsobjekt ist die Haftung nunmehr allein vermögensbezogen [4]. Die ursprüngliche Bedeutung des Begriffs persönliche Haftung ist im gegenwärtigen Recht nicht mehr existent. Diese Sinnentleerung hat zur Identifizierung des Gesamtvermögens einer Person mit dieser selbst übergeleitet [5]. Die persönliche Haftung beinhaltet in diesem Sinn allein die unbeschränkte Haftung, das Einstehen mit dem ganzen Vermögen [6], nicht bezieht sie sich spezifisch auf das Vermögen einer ausschließlich als Haftungssubjekt in Betracht kommenden natürlichen

---

daß der juristischen Person auch insoweit die im übrigen zuerkannte Verpflichtungsfreiheit einzuräumen ist.

1) Tielsch, Beschränkte Haftung, S.1.

2) so z.B. Spalcke, aaO. S.23, der von der persönlichen und unbeschränkten Haftung des Komplementärs spricht.

3) vgl. dazu Anschütz-Völderndorff, AD HGB, S.152; Ehrenberg, Beschränkte Haftung, S.7; Stiner, Firmen, S.19.

4) Wolff, H.J., Organschaft, S.177; Stiner, Firmen, S.18/19.

5) vgl. Ehrenberg, aaO. S.7; Anschütz-Völderndorff, AD HGB, S.152.

6) Ehrenberg, aaO. S.7; Stiner, Firmen, S.19; Westermann, H., Handbuch, Rnd.362.

Person. Allein das Zurverfügungstellen des Gesamtvermögens erfaßt § 278 Abs.1 AktG mit der persönlichen Haftung des Komplementärs gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.

Es hat nicht an Versuchen gefehlt, die Haftung einer juristischen Person begrifflich als beschränkte zu kennzeichnen [1]. Diese Versuche sind jedoch fehlgeschlagen und werden heute einhellig zurückgewiesen [2]. Die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person trennt sie von den hinter ihr stehenden natürlichen Personen [3]. Daß die natürlichen Personen für die Verbindlichkeiten der juristischen Person nicht mit ihrem ganzen Vermögen haften, macht die Haftung der rechtlich selbständigen juristischen Person nicht zu einer beschränkten, denn sie hat mit ihrem ganzen Vermögen für die Erfüllung einzustehen. In der rechtlichen Ausgestaltung ist der Umfang der unbeschränkten Haftung der juristischen Person nicht unerheblich weiter als der einer natürlichen Person. Haftungsfreigrenzen und Vollstreckungsschutz, den physische Personen nach §§ 811 ff ZPO genießen, stehen juristischen Personen nicht zur Verfügung. Die Eröffnung des Konkursverfahrens findet für die juristische Person auch nicht erst im Falle der Zahlungsunfähigkeit [4], sondern schon bei Überschuldung [5] statt [6].

---

1) vgl. Fuchs in JW 22,1677, zwar Haftung mit gesamtem Vermögen, aber beschränkt, weil z.B. nach dem Tode der natürlichen Person persönliche Weiterhaftung bestände, bei der juristischen Person aber nicht.

2) z.B. Georgakopoulos, Gründung, S.3; Boesebeck, aaO. S.72; Hesselmann, GmbH & Co., S.8; Stiner, Firmen, S.18; Wenninger, Personengesellschaften, S.93; Winkler in NJW 69,1009; Zielinski, Grundtypenvermischungen, S.90/91.

3) vgl. zum Trennungsgrundsatz Büttner, Idehtität, S.30; Kuhn, Strohmanngründung, S.199/200.

4) Zahlungsunfähigkeit ist das auf dem Mangel an Zahlungsmitteln beruhende dauernde Unvermögen des Schuldners, seine sofort zu erfüllenden Geldschulden noch im wesentlichen zu decken; Böhle-Stamschräder, KO, § 102 Anm.2; Menzel-Kuhn, KO, § 30 Anm.2.

5) Überwiegen der Passiva über die Aktiva; Böhle-Stamschräder, KO, § 102 Anm.7 und § 207 Anm.2; Menzel-Kuhn, KO, § 207 Anm.7.

6) vgl. §§ 213, 207 KO im Gegensatz zu § 102 KO; für die KGaA § 209 Abs.1 Satz 2 KO; vgl. Kuhn-Menzel, § 209 KO, Anm.18.

Zwar können die Gründer einer juristischen Person die Höhe der Kapitaleinlage bestimmen und damit auf Grund ihres Willens Einfluß auf den Umfang der Haftung nehmen. Dieser Einfluß verflüchtigt sich aber mit der Verselbständigung des Vermögens der Gesellschaft, da nicht lediglich das eingebrachte Kapital, sondern das gesamte Vermögen der juristischen Person haftet. Eine willensgetragene Steuerung des Umfangs der Haftung kann auch eine natürliche Person durch eine planmäßige Vermögensverteilung vornehmen.

Allerdings sind im Falle des Konkurses die Nachwirkungen des Vermögensverfalls bei juristischer und natürlicher Person nicht gleich. Ob in dieser Hinsicht mit der Einschaltung einer juristischen Person als Komplementär materielle Haftungsziele umgangen werden, berührt die funktionale Seite der Haftung und bedarf einer gesonderten Interessenprüfung. Begrifflich steht die juristische Person dem Verlangen nach unbeschränkter Haftung, der Haftung mit dem gesamten Vermögen, gegenüber der natürlichen Person nicht nach.

2. Der Inhalt der gemeinsamen Haftung von KGaA und Komplementär gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ist nicht unproblematisch.

a. Es besteht schon keine Einigkeit über das Haftungsverhältnis von Gesellschaft und Komplementär. Nach der Einheitstheorie bilden die Verpflichtung der Gesellschaft und des Gesellschafters eine Einheit, so daß die Haftung des Gesellschafters grundsätzlich eine Erfüllung der Schuld in Natur bedeutet [1]. Demgegenüber sieht die Vielheitstheorie [2] in der Haftung des Gesellschafters eine selbständige Verpflichtung, die dem Sinngehalt nach lediglich eine bürgschaftsähn-

---

1) so allg. Meinung, BGH in BGHZ 5,35(37),BGHZ 23,302 (305), BGHZ 34,293 (297); Schlegelberger-Geßler, HGB, § 128 Anm. 2; Westermann, H., Handbuch, Rnd.355 mit weiteren Nachweisen.

2) vgl. zur Terminologie Westermann, H., Handbuch, Rnd.355; Fischer in GroßK zum HGB, § 128 Anm.6-9; so Müller-Erzbach, Handelsrecht, S.204; Wieland, Handelsrecht, S.631, 632.

liche Erfüllungsgarantie ist [1]. Der letzteren Auffassung kann nicht gefolgt werden, weil sie apriori eine Einschränkung der Ansprüche zulasten der Gesellschaftsgläubiger bewirkt, eine solche prinzipielle Beschränkung der Verpflichtung der Gesellschafter aber nicht den insoweit bevorrechtigten Interessen der Gläubiger entspricht. Eine im Einzelfall entgegen der grundsätzlichen Haftung auf Erfüllung in Natur beschränkte Haftung auf das Erfüllungsinteresse bietet die Möglichkeit einer sachgemäßen Lösung der Interessenkonflikte [2]. Es besteht insoweit kein Unterschied zwischen den Handelsgesellschaften des HGB und der KGaA. Die juristische Person wird von einem derartigen Haftungsverhältnis nicht ausgeschlossen.

b. Umstritten ist weiterhin, ob zwischen der KGaA und ihrem Komplementär den Gläubigern gegenüber ein Gesamtschuldverhältnis besteht [3].

Für die OHG wird eine echte Gesamtschuld zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft überwiegend abgelehnt [4]. Eine Meinung [5] begründet die Ablehnung damit, daß Gesellschafter und Gesellschaft nicht, wie es der Begriff der Gesamtschuld erfordere, zwei getrennte Rechtssubjekte seien, sondern eine einheitliche Schuld mit lediglich verschiedenen

---

1) für KGaA wohl so Joens aaO. S.63, wenn er sagt, der Komplementär schulde nicht, er hafte nur; Anklang auch bei Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.5; dagegen Ritter, AktG, § 219 Anm.3a.

2) so überwiegende Meinung, vgl. auch Westermann, H., Handbuch, Rnd.356; auch BGH in BGHZ 23,303 (306).

3) bei KGaA dafür: Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.4; Joens aaO. S.63; Lehmann-Dietz, GesellR, S.412; dagegen: Martin aaO. S.27; offen: Elschenbroich, KGaA, S.79.

4) so Fischer in GroßK zum HGB § 128 Anm.17 und 23; vgl. Flume in Festschrift für Knur, S.128, der gegen die 'ganz überwiegende Meinung' zwischen Gesellschaftsschuld und Haftungsverbindlichkeit ein Gesamtschuldverhältnis annimmt, dieses aber durch das 'Akzessorietätsprinzip der Haftung des Gesellschafters' wieder einschränkt, S.131/132.

5) Überblick bei Schneider in MDR 67,354, Fußnote 2; Schlegelberger-Geßler, HGB, § 128 Anm.2; vgl. Westermann, Handbuch, Rnd.357.

Haftungsobjekten vorläge [1]. Eine andere Meinung [2] verneint zwar ein einheitliches Schuldverhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter, läßt aber ein Gesamtschuldverhältnis zwischen ihnen am Fehlen der 'notwendigen inneren Selbständigkeit der Verpflichtungen' von Gesellschaft und Gesellschafter scheitern.

Bei der KGaA stehen zwar zwei gegen getrennte, selbständige Rechtssubjekte gerichtete Verbindlichkeiten nebeneinander. Das allein zwingt jedoch noch nicht zur Anwendung der Regeln über Gesamtschuldverhältnisse. Die Begründung eines Gesamtschuldverhältnisses bedarf als gesetzlicher Ausnahmetatbestand [3] grundsätzlich einer besonderen Anordnung oder Motivation. Erforderlich ist in jedem Fall für die Anwendung der §§ 422 ff BGB eine konkrete Interessenbewertung [4] aus dem Verhältnis Gesellschaft, Gesellschafter und Gläubiger. Diese Bewertung wird durch die Zulassung einer juristischen Person als Komplementär nicht außer Kraft gesetzt. Eine juristische Person fügt sich zwanglos in die formelle Seite des Haftungssystems der KGaA ein.

II. Materielle Seite der Haftung

Die Zulassung einer juristischen Person als Komplementär der KGaA kann zur Folge haben, daß keine unmittelbare Haftung einer natürlichen Person zugunsten der Gesellschaftsgläubiger eingreift, sondern allein das Vermögen einer juristischen Person zur Verfügung steht. Dies wird teilweise als eine dem Sinngehalt der unbeschränkten Haftung zuwiderlaufende Aushöhlung angesehen, so daß die Einschaltung einer

---

1) Schuldidentität bei doppelter Haftungsgrundlage, vgl. BGH in BGHZ 23,302 (303).

2) so Fischer in GroßK zum HGB § 128 Anm.17; vgl. Flume in Festschrift für Knur, S.126 mit weiteren Nachweisen.

3) Grundsatz ist § 420 BGB; vgl. Palandt-Heinrichs, BGB, Überschrift zu § 420.

4) so auch BGH in BGHZ 23,303 (306); 44,229 (233); 47,376 (378/379); diese Bewertung nimmt auch Flume in Festschrift für Knur, S.132 ff, auf Grund des 'Akzessorietätsprinzips' vor.

juristischen Person zur Haftungsbeschränkung entweder überhaupt als unzulässig angesehen wird [1] oder eine juristische Person nur zusammen mit einer physischen Person [2] gleichsam als Haftungszugabe Komplementär der KGaA sein darf. Die unbeschränkte Haftung verlange immer einen Zugriff auf das Vermögen einer natürlichen Person. Eine wirtschaftliche Haftungsbeschränkung [3] in der Person des Komplementärs der KGaA auf das Vermögen einer juristischen Person sei ein Mißbrauch der kapitalistischen Haftungsbeschränkung.

Da das Recht nicht Selbstzweck ist, sondern der Verwirklichung anerkennenswerter Interessen zu dienen hat, ist zu prüfen, ob durch die Teilnahme einer juristischen Person eine Veränderung der Haftungsgrundsätze der KGaA droht und etwa ein unrechtmäßiges Interessengefälle zulasten der Gläubiger oder Aktionäre besteht.

1. Die Zulassung einer juristischen Person könnte gegen die schutzwürdigen, legitimen Interessen der Gesellschaftsgläubiger verstoßen. Ihnen könnte die 'erhöhte Sicherung' in Form des 'Personalkredits' des Komplementärs verloren gehen [4]. Diese Sicherung könnte in der Haftung der natürlichen Person mit ihrem Privatvermögen und der damit erzwungenen Verknüpfung der eigenen wirtschaftlichen Existenz mit dem Erfolg der KGaA liegen.

Zwar hat die juristische Person kein Privatvermögen, ihr gesamtes Vermögen ist Gesellschaftsvermögen. Dieses Vermögen ist jedoch dem Zugriff der Gesellschaftsgläubiger unterworfen wie das Privatvermögen physischer Personen. Die Erfolglosig-

---

1) so Gierke, J., Handelsrecht, S.229/230; Haupt-Reinhardt, GesellR, S.44 und 79; Ott, Claus, Typenzwang, S.178; Manipulation durch juristische Person; Wieland, Handelsrecht, S.836, 837 für Handelsgesellschaft des HGB.

2) so Lehmann, GesellR, 2.Aufl., S.328; Weipert in Gadow, GroßK AktG (1.Aufl.), § 219 Anm.17.

3) vgl. Wenninger, Personengesellschaften, S.93, Fußnote 413.

4) so Koenig, aaO. S.11; andeutend Berger S.11; Kummer, aaO. S.17 spricht vom 'Damoklesschwert der persönlichen Haftung'.

keit der wirtschaftlichen Tätigkeit der KGaA bedroht das Dasein der juristischen Person gleichermaßen. Allerdings sind die Auswirkungen des wirtschaftlichen Ruins für die natürliche Person und die hinter der juristischen Person stehenden Interessenvertreter von unterschiedlicher Stärke. Während sich die juristische Person mit der Liquidation weiteren Nachwirkungen für ihre Mitglieder durch die Auflösung entzieht, hat die natürliche Person zeitlebens den Ballast des Mißerfolges mit sich herumzutragen. Das ist für die Gläubiger jedoch nicht von Belang.

Die unbeschränkte Haftung des Komplementärs der KGaA hat ihre Wurzeln in der Behandlung der KGaA als Sonderform der KG. Die Haftung des Komplementärs war ursprünglich nichts anderes als die persönliche Haftung des Gesellschafters der OHG, der Kapitalien um sich gesammelt hatte, ohne daß er selbst damit von der eigenen unbeschränkten Haftung entbunden wurde [1]. Seine Haftung mit dem Privatvermögen war wegen der Wandelbarkeit und Veränderlichkeit des Gesellschaftsvermögens höchstes Garantiegebot für die Gläubiger. Diese Bedeutung verlor die unbeschränkte Haftung des Komplementärs mit dem Anschluß der KGaA an die AG und der Zuerkennung eigener Rechtspersönlichkeit. Garantiefunktion für die Erfüllung der Forderungen der Gesellschaftsgläubiger übernahm nunmehr das Grundkapital der KGaA [2]. Seine Unantastbarkeit [3] und seine Erhaltung, die durch unabhängige Abschlußprüfer [4] bei der Ermittlung des Jahresabschlusses zu attestieren ist, bieten den Gesellschaftsgläubigern effektiven Schutz für ihre Forderungen. Bei einem durchschnittlichen Grundkapital der KGaA von ca. 15 Millionen [5] ist dieses nach dem Gläubigerinter-

---

1) vgl. Godin-Wilhelmi, AktG, § 278 Anm.4.

2) vgl. Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S.403; Westermann, H., Handbuch, Rnd.18; Zielinski, Grundtypenvermischungen, S.13.

3) vgl. z.B. §§ 57, 62, 93 Abs.3 Nr.1 AktG.

4) §§ 162 ff AktG.

5) vgl. Pflug in NJW 71, S.349; siehe oben S.5.

esse auch tatsächliches, primäres Haftungsobjekt. Das Privatvermögen der Komplementäre hat als Haftungsobjekt seine Bedeutung für die Gläubiger eingebüßt, die Haftung des Komplementärs ist zu einer Beigabe geworden. Die Macht des Kapitals verdrängt in der Haftung die natürliche Person.

Selbst die faktische Sekundärhaftung der Komplementäre ist für die Gläubiger ohne Bedeutung. Das Vertrauen auf die unbeschränkte Haftung des Unternehmensinhabers veranlaßte die spektakulärsten Nachkriegsinsolvenzen [1]. Von einer gewissen Betriebsgröße an wird die unbeschränkte Haftung des Unternehmers beziehungslos [2]. Es entsteht eine Irrealität im Verhältnis der Haftungsobjekte zwischen Gesellschaft und Komplementär, die den Einsatz des Komplementärvermögens belanglos erscheinen läßt. Daß etwa ein Komplementär im Gesellschaftskonkurs die Gläubiger befriedigen wird, ist eine Utopie [3]. Die unbeschränkte Haftung einer natürlichen Person kann daher angesichts der Übermacht der Kapitalbewegungen allgemein im Gesellschaftsrecht keinen effektiven Gläubigerschutz mehr bieten [4]. Speziell bei der KGaA hat die unbeschränkte Haftung des Komplementärs für die allein an der Größe des Haftungsobjekts interessierten Gläubiger keine Bedeutung [5]. Der Personalkredit ist gegenüber der realen Kapitalmacht in den Hintergrund getreten. Da die als Komplementäre der KGaA in Betracht kommenden juristischen Personen des Privatrechts eine garantierte Mindestkapitalausstattung haben und ihr wirtschaftliches Potential regelmäßig nicht niedriger als das Ver-

---

1) Westermann, H.P., in ZRP 72,95.

2) vgl. Mertens in NJW 66,1051.

3) Das muß auch Großmann-Doerth in AcP 147, S.18 zugeben, der trotzdem meint, das Privatvermögen falle ins Gewicht.

4) so Westermann, H.P., ZRP 72,95.

5) so Hefermehl, Aktiengesellschaft, S.167; Kummer S.7; Martin S.35; Spalcke S.50; Anklang auch bei Pflug in NJW 71,349; wenn auch sehr verhalten, so muß dies auch Elschenbroich, KGaA, S.81, konzidieren.

mögen einer natürlichen Person ist [1], käme ihre Zulassung als Komplementär, wäre nicht das Grundkapital der KGaA für die Gläubiger allein maßgebend, oftmals einer größeren Sicherung der Gläubiger entgegen.

2. Neben diesen Versuchen, vom Außenverhältnis des Haftungssystems der KGaA her tragende Gründe gegen die Zulassung juristischer Personen abzuleiten, stehen die Bemühungen, die Unvereinbarkeit von Komplementär und juristischer Person aus dem Innenverhältnis der KGaA zu motivieren.

Die Gefahr der unbeschränkten Inanspruchnahme des Komplementärs und des damit verbundenen wirtschaftlichen Ruins einer natürlichen Person biete den Aktionären Gewähr für eine solide und kaufmännisch vertretbare Geschäftsführung [2]. Diese Haftung des Komplementärs bewahre die Gesellschaft vor leichtfertiger oder gar betrügerischer Leitung. Der Druck der unbeschränkten Haftung erhöhe das Verantwortungsgefühl des Geschäftsleiters. Diese psychologische Wirkung der persönlichen Haftung sei notwendiger Schutz der Aktionäre für ihr eingesetztes Kapital [3].

Noch weiter geht Pflug [4]. Er meint, in dem psychologischen Druck der unbeschränkten Haftung liege ein objektiver Kontrollmechanismus. Dieser sei ein primär intern wirkendes Strukturelement der KGaA, das ein Pendant zu den subjektiven Kontrollmechanismen der AG, Einsetzung und Abberufung des Vorstands durch den Aufsichtsrat und die Hauptversammlung, darstelle. Der zum Kernproblem des internen Kapitalgesellschaftsrechts zählende Kontrollmechanismus müsse bei einer juristischen Person versagen, da sie lediglich ein gedankliches Gebilde sei und als solches nicht zu motivieren wäre und keinerlei psychisch wirkendem Mechanismus zugänglich sei [5].

---

1) vgl. RG in RGZ 105,101; OLG Hamburg in GmbHR 69,138 = NJW 69,1033.
2) Elschenbroich, KGaA, S.82; Müller-Erzbach in AcP 154,317 und 343; Ott, Claus, Typenzwang, S.32; Ott, Jürgen, aaO. S.41; Spalcke S.82; Tielsch, Beschränkte Haftung, S.3.
3) vgl. Elschenbroich, aaO. S.82.
4) Pflug in NJW 71,349/350.

Es scheint so, als habe sich Pflug nicht mit dem Anachronismus der persönlichen Haftung in seiner ursprünglichen Bedeutung abfinden können. Wenn auch nicht der Leib des Komplementärs Haftungsobjekt ist, so doch sein Ruf und seine unternehmerische Betätigung. Mag der Mangel eines nicht ausreichenden vermögensrechtlichen Haftungsobjekts Auswirkungen auf andere als vermögensrechtliche Bereiche haben. Die Möglichkeit derartiger unwägbarer Fernwirkungen ist jedoch nicht primärer Faktor der Haftung [1], geschweige dann erstrangiges Strukturelement einer Gesellschaftsform. Die Haftung zielt auf das Einstehen mit dem Vermögen für übernommene Risiken, nicht aber auf die Steuerung zukünftigen wirtschaftlichen Einsatzes.

Die Auffassung von der primären Bedeutung der persönlichen Haftung als Katalysator des Verantwortungsbewußtseins eines Geschäftsführers ist irrig. Sie geht von der nicht haltbaren Hypothese aus, daß derjenige, der stärker hafte, sorgfältiger und erfolgreicher in der Tätigkeit für die Gesellschaft agieren werde. Entscheidend ist neben der einzelnen Bereitschaft zur Mühewaltung die individuelle Einschätzungsfähigkeit und Verträglichkeit des Verlustes wirtschaftlicher Güter. Für einen psychischen Druck ist außerdem ein adäquates Verhältnis von Haftungsrisiko und Haftungsvermögen notwendige Voraussetzung. Steht beides in keiner realen Relation, so kann die unbeschränkte Haftung eher Anlaß zu spekulativer und gewissenloser Geschäftsführung sein, als daß sie einen Schutz gegen diese Art der Geschäftsführung bilden kann. Gerade ein ausgewogenes Verhältnis von Risiko und Haftungsvermögen besteht in der Person des Komplementärs nicht. Seine Kapitalkraft bleibt in der Regel weit hinter der der Gesellschaft und den damit verbundenen Geschäftsrisiken zurück.

---

5) im letzteren Sinne auch Winkler in NJW 69,1009: bei der juristischen Person entfallen die Bremswirkungen durch psychologische Hemmnisse.

1) so auch Ott, Claus, Typenzwang, S.193, 194, der den psychischen Druck als praktische Nebenfolge ansieht.

Selbst wenn sich in gewissen Einzelfällen eine psychische Motivation zu ordnungsgemäßer Geschäftsführung aus der unbeschränkten Haftung ableiten lassen sollte, könnte dies kaum als objektiver Kontrollmechanismus aufgefaßt werden. Psychische Hemmnisse bilden eine Sperre, die allein im Innern des geschäftsleitenden Komplementärs entstehen kann. Von objektiver Kontrolle kann aber nur dort die Rede sein, wo Dritte, nicht der Handelnde selbst, gefühlsunabhängige Kriterien bei der Prüfung seines Tätigwerdens zugrundelegen.

Im übrigen vernachlässigen die Anhänger der These von der soliden Geschäftsführung durch persönliche Haftung den Aspekt, daß der Komplementär der KGaA seiner Gesellschaft gegenüber unbeschränkt für eine ordnungsgemäße Geschäftsführung verantwortlich ist [1]. In Zweifelsfällen trägt er sogar das Beweisrisiko dafür, daß er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat [2]. Diese unmittelbare Verantwortlichkeit der Komplementäre betrifft jede Geschäftsführungsmaßnahme, unabhängig von späterem Erfolg oder Mißerfolg. Die objektive Sorgfaltswaltung soll Maßstab für die Geschäftsführung des Komplementärs sein. Dazu ist § 283 Nr.3 AktG geschaffen, der der Gesellschaft und ihren Aktionären gezielt Schutz vor unsolider Geschäftsführung bietet.

Die uneingeschränkte Inanspruchnahme des Komplementärs wegen einzelner Pflichtverletzungen hängt nicht von einer insgesamt erfolglosen Geschäftsführung des Komplementärs ab. Den gesamten unternehmerischen Mißerfolg hat aber § 278 Abs.1 AktG im Auge. Die hier angesprochene Haftung des Komplementärs erlangt für diesen Fall Bedeutung und hat ausschließlich die Sicherung der Interessen der Gesellschaftsgläubiger im Auge.

---

1) vgl. §§ 283 Nr.3, 93 AktG.

2) § 93 Abs.2 AktG, Umkehr der Beweislast; Baumbach-Hueck, AktG, § 93 Anm.2.

Diese Haftung der Komplementäre ist nicht als Schutz gegen unsolide Geschäftsführung gedacht. Sie mag zwar fernwirkend auf das Innenverhältnis ausstrahlen. Aus dieser auf das andersartige Außenverhältnis zugeschnittene Norm einen einer juristischen Person nicht zugänglichen psychischen Mechanismus für das Innenverhältnis abzuleiten, obwohl das Innenverhältnis eine besondere, eigenständige Schutzregelung enthält, der auch eine juristische Person unterliegen kann, ist nicht haltbar.

Die Interessen der Kommanditaktionäre werden durch die Zulassung einer juristischen Person nicht entscheidend berührt. Die juristische Person haftet der KGaA mit ihrem gesamten Vermögen für die Ordnungsgemäßheit der Geschäftsführung. Das Handeln ihrer Organe wird ihr unmittelbar zugerechnet [1]. Die persönliche Haftung des Komplementärs nach § 278 Abs.1 AktG ist demnach auch im Innenverhältnis zur Gesellschaft und den Gesellschaftern nicht von Belang [2].

3. Die Installierung von Rechtsgebilden, die es natürlichen Personen ermöglichen, im Bereich wirtschaftlicher Betätigung ihre Haftung auf einen bestimmten Vermögensteil zu begrenzen, hat eine Suche nach der Funktion der Haftung veranlaßt, die bislang wenig erfolgreich gewesen ist. Ob und in welchem Umfang die unbeschränkte Haftung materielles Ordnungsprinzip ist, steht im Zentrum der Untersuchungen, mit denen sich vor allem die institutionelle Rechtslehre befaßt.

---

1) Es kann sogar eine Eigenhaftung der Organe der juristischen Person, die Komplementär ist, gegenüber der KGaA eingreifen, z.B. nach § 93 Abs.5 AktG, wenn eine AG Komplementär wird.

2) so auch Hefermehl, Aktiengesellschaft, S.167, der die Haftung des Komplementärs lediglich als 'moralische Garantie' bezeichnet; auch Pflug in NJW 71,349 erkennt, daß die persönliche Haftung des Komplementärs ohne die von ihm apostrophierte Bedeutung im Innenverhältnis lediglich eine Zugabe zum Garantiefonds Grundkapital ist.

Sie geht davon aus, daß das Handeln im Recht immer auf Rechtsinstitute bezogen ist [1]. Die einzelne Rechtsregel ist in ein sie tragendes System materieller Wertentscheidungen eingebettet [2]. Neben dem Schutz der Einzelpersonen hat das Recht die Entfaltung und Sicherung des Lebens durch Ausbildung entsprechender Rechtsinstitute kraft objektiven Rechts zu gewährleisten [3]. Jedes Institut unterliegt über seinen subjektiven Rahmen hinaus einer Eigengesetzlichkeit im gesamten Rechtssystem [4]. Diese Eigengesetzlichkeit bestimmt den institutionellen Gehalt einer Rechtsnorm und veranlaßt eine Rechtsbegrenzung, die auf der Vereinbarkeit mit dem rechtlichen Ordnungsgefüge beruht [5]. Die Funktion des Rechtsinstituts bildet nach der institutionellen Lehre ein Element des immanenten Ordnungsgefüges, das die Privatautonomie determiniert [6].

Die Leichtigkeit der abstrakten Bestimmung funktionaler Elemente als Grenze vertraglicher Gestaltungsfreiheit ist gepaart mit der Schwierigkeit der konkreten Festlegung des Funktionswerts. Daher sind auch die Wege, die die Anhänger der Funktionsbeeinträchtigung der Haftung bei Einschaltung einer juristischen Person zwischen Gesellschaft und Gesellschafter einschlagen, verschieden.

a. Teilweise wird versucht, einen Sinnbezug zwischen Leitungsmacht und Verantwortlichkeit herzustellen. Die unbeschränkte Haftung einer natürlichen Person wird verstanden als ein das gesamte Gesellschaftsrecht prägendes Korrelat zur unternehmerischen Betätigung. Die unbeschränkte Haftung gehöre als Lenkungsmechanik zur Konkurrenzwirtschaft [7], es

---

1) Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S.24.

2) vgl. Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.62.

3) Raiser in summum ius, S.148.

4) vgl. Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.107.

5) Immenga, aaO. S.24.

6) vgl. Immenga, aaO. S.24; Ott, Claus, Typenzwang, S.103, 121, 148; Raiser in summum ius, S.163; Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.20, 22, 38, 46, 107.

7) so Immenga, S.118; vgl. auch Großmann-Doerth in AcP 147,19.

müsse eine Koinzidenz von Herrschaft und Haftung [1] beachtet werden. Wer die Entscheidung im Verband innehabe, dürfe nicht der Haftung für die Verbandsverbindlichkeiten entgehen. Die persönliche Haftung des Gesellschafters wird gleichsam als Sanktion gegen die Herrschaft über seine Gesellschaft aufgefaßt.

Es gibt im Gesellschaftsrecht keine schrankenlose gesetzliche Leitungsmacht. Vorstandsmitglieder der AG und der Genossenschaft [2] sind abberufbar, Komplementäre der KGaA bedürfen wie die Gesellschafter von OHG und KG bei den den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb überschreitenden Geschäften der Mitwirkung ihrer Mitgesellschafter, die Bestellung zum Repräsenten oder Grubenvorstandsmitglied der bergrechtlichen Gewerkschaft ist widerruflich [3]. Der beschränkten Leitungsposition entspräche eine Verminderung des Einstehens für den Erfolg wirtschaftlicher Betätigung. Dem hat der Gesetzgeber im Bereich der Personalgesellschaften nicht entsprochen. Er hat sich von der Vorstellung leiten lassen, daß Unternehmensleitung und unbeschränkte Haftung in einem unmittelbaren Zusammenhang stehen, ohne damit jedoch dessen Unantastbarkeit zu präjudizieren [4]. Im Recht der Kapitalgesellschaften hat der Gesetzgeber positivrechtliche Entscheidungen getroffen, in denen der unternehmerischen Entscheidungsgewalt bewußt die beschränkte Haftung zugeordnet ist. Dies ist nicht erst mit der Schaffung der GmbH geschehen, sondern findet sich bereits in der Aktiengesellschaft. Der in der sachlichen Unabhängigkeit nahezu allmächtige Vorstand hat für den Erfolg seiner Unternehmensleitung nicht einzustehen. Demgegenüber den sachlich weniger mächtigen Komplementär der KGaA mit der unbeschränkten Haftung seines Vermögens zu überziehen, ist mit einem Prinzip der Koinzidenz von Herrschaft und Haftung nicht in Einklang

---

1) vgl. dazu Großmann-Doerth in AcP 147,17 und 19 und in LZ 33,145; Nitschke, aaO. S.259; Tielsch, Beschränkte Haftung, S.5 und 45; Paulick, aaO. S.83; Staab in BB 59, S.436.

2) vgl. § 24 Abs.3 GenG.

3) §§ 122 Abs.4, 128 ABG NW.

4) so vgl. BGH in BGHZ 45,204 (205) = BB 66,474.

zu bringen. De lege lata existiert ein Prinzip des Gleichlaufs von Herrschaft und Haftung nicht [1].

Selbst als Postulat de lege ferenda ist ein Grundsatz von "keine Herrschaft ohne Haftung" nicht aufrechtzuhalten [2]. Dieses Prinzip basiert auf der Identität von Herrschaft und Nutznießung der wirtschaftlichen Betätigung, auf der Vorstellung, daß derjenige, dem als Extrakt seiner Leitung der Erfolg zugute kommt, auch etwaige Verluste zu tragen habe. Die im Recht der Personengesellschaften gesetzestypische Identität von Herrschaft und Nutznießung besteht bei den Kapitalgesellschaften nicht. Bei ihnen fehlt also die Basis für eine Koinzidenz von Herrschaft und Haftung. Aber auch für Personengesellschaften erscheint eine unlösbare Verknüpfung der Person des Leiters der Gesellschaft mit der unbeschränkten Haftung nicht notwendig, solange die Haftung einer Person klargestellt ist und keine Täuschung des Rechtsverkehrs vorliegt.

Um einen echten Gleichlauf von Herrschaft und Haftung zu erreichen, müßte in den Fällen, in denen eine größere sachliche Beschränkung der Herrschaft vorliegt, eine geringere Haftungsmodalität als die der unbeschränkten Haftung eingreifen. Ein adäquates Verhältnis von Herrschaft und Haftung für jede einzelne Gesellschaftsgestaltung festzulegen, ist aber nicht möglich und würde jedwede Dispositionsfreiheit im Gesellschaftsrecht ausschließen. Die Folge müßte eine völlige Erstarrung des Gesellschaftsrechts sein, die jede Beziehung zu den von ihm zu erfassenden wirtschaftlichen Vorgängen beseitigen würde.

---

1) so überw. Meinung BGH in BGHZ 45,205/206 = BB 66, S.474; Mertens in NJW 66,1051; Ott, Claus, aaO. S.30 und 73; Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.125; Wenninger, aaO. S.22; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.122 und S.277; Wiedemann in JZ 69,471; Winkler in NJW 69,1010.

2) Westermann, H.P., in ZRP 72,95 und Vertragsfreiheit, S.262, der sich für eine offene Trennung von Herrschaft im Verband und der Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten ausspricht.

b. Ist der Versuch, einen objektiven Sinngehalt aus den Haftungsnormen des Gesetzes durch Konstruieren eines Zusammenhangs zwischen Einfluß des Gesellschafters auf das Unternehmen und dem Umfang seiner Haftung herzustellen, nicht erfolgreich, so tritt das Bemühen in den Vordergrund, die Funktionshaftigkeit der Haftung unmittelbar aus der Wirtschaftsordnung abzuleiten. Im Sinne eines wirtschaftlichen Auslesepprinzips soll die unbeschränkte Haftung Sanktion gegen erfolglos Wirtschaftende sein und die Leistungsfähigkeit der Gesamtwirtschaft gewährleisten [1]. Der Einsatz einer juristischen Person mit der grundsätzlichen Unmöglichkeit des Zugriffs auf das Vermögen der hinter ihr stehenden physischen Personen verhindere eine solche Auslese und wälze das Erfolgsrisiko der unternehmerischen Tätigkeit ordnungswidrigerweise auf die Gesellschaftsgläubiger ab [2].

Die konsequente Durchführung des Ausleseprinzips würde bedeuten, daß jede natürliche Person bei wirtschaftlicher Betätigung das Risiko eingehen muß, sich im Wettbewerb zu ruinieren. Mit der AG und der GmbH hat der Gesetzgeber natürlichen Personen bewußt die Möglichkeit gegeben, dieser Sanktion fehlgeschlagener wirtschaftlicher Betätigung zu entgehen. Sie liegt auch nicht im Interesse eines sozialen Rechtsstaats, dem es überlassen bliebe, die aus dem Wirtschaftsprozeß Ausgelesenen zu unterhalten. Für ein gesundes Gesamtwirtschaftssystem ist eine derartige Gewaltmaßnahme nicht erforderlich. Eine Auslese im Wettbewerb erfolgt auch, wenn es jedem freisteht, seine Haftung, sei es auch lediglich wirtschaftlich durch Einschalten einer juristischen Person, zu beschränken [3]. Der erfolglos Wirtschaftende wird aus dem Unternehmensleben automatisch ausgeschieden, ohne daß es noch des Keulenhiebs des wirtschaftlichen Ruins bedarf. Unter-

---

1) so Großmann-Doerth in AcP 147, S.17; Immenga, aaO. S.124, 128; vgl. Ott, Claus, Typenzwang, S.31, 33.

2) vgl. zur Risikoabwälzung Immenga S.118, 124; Großmann-Doerth in AcP 147, S.17; Müller-Erzbach in AcP 154, S.343; Seemann, Beschränkte Haftung, S.9.

3) Mertens in NJW 66,1051 Fußnote 29.

schiedliche Marktsituationen und nicht per se gegebene Chancengleichheit [1] lassen den Verlust des erklärtermaßen eingesetzten Vermögens als ausreichende Sanktion unternehmerischen Mißerfolgs erscheinen. Dadurch entsteht auch nicht eine Risikoabwälzung auf die Gläubiger in dem Sinne, daß sie letztlich die Verluste der Unternehmung zu tragen haben, während die Gewinne bei dem Unternehmer verbleiben [2]. Der Gläubiger ist kraft seiner Stellung dem Risiko verhaftet, für seine Forderungen keine Befriedigung zu erlangen. Wer einer Unternehmung Gelder zur Verfügung stellt oder sonstige Kredite gewährt, geht bewußt das Risiko des Erfolges der von ihm begründeten geschäftlichen Beziehungen ein. Die Aufnahme der Beziehungen beruht auf der Einschätzung der Leistungsfähigkeit des Geschäftspartners und einem möglichen Angebot von Sicherheiten im Hinblick auf das abzuwickelnde Geschäft. Das Risiko der damit verbundenen Fehlbeurteilung ist der Gläubigerstellung immanent. Es rechtfertigt nicht den Zugriff auf das Vermögen einer Privatperson, wenn der Geschäftspartner eine juristische Person ist. Eine ordnungswidrige Risikoabwälzung auf die Gesellschaftsgläubiger liegt erst in den Fällen vor, in denen die Fehleinschätzung durch eine Irreführung über für den Rechtsverkehr maßgebliche Tatsachen entstanden ist oder Gesellschaftsverluste durch unredliche Manipulationen an der Kapitalbasis veranlaßt worden sind. Sofern das Gesetz in diesen Fällen nicht bereits selbst eine unmittelbare Verantwortlichkeit des Gesellschafters anordnet [3], bleibt mit dem Institut der Durchgriffshaftung [4] unter Mißachtung der Rechtspersönlichkeit der juristischen Person eine unmittelbare In-

---

1) vgl. dazu Limbach in GmbHR 67,73/74.

2) vgl. Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S.124.

3) vgl. z.B. bei Gewährung verbotener Leistungen an die Aktionäre der AG, § 62 Abs.2 Satz 1 AktG.

4) oder Haftungsdurchgriff; vgl. dazu BGH in BGHZ 20,4 (13); Drobning, Haftungsdurchgriff, S.23 ff; Kuhn, Strohmanngründung, S.199 und 211; Immenga, aaO. S.404, 419; Serick, Rechtsform, S.1, 11; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.300 ff.

anspruchnahme des Gesellschafters. Damit wird das unredlich verlagerte Risiko wieder in den rechtmäßigen Haftungsbereich transponiert.

c. Claus Ott [1] versteht die unbeschränkte Haftung als technisches Hilfsmittel zur Durchsetzung der materiellen Haftungsordnung, einer gerechten Verteilung von Unternehmerrisiken. An sich wäre es konsequent, so meint er, die Person nur in dem Umfang haften zu lassen, in dem sie selbst durch autonome Entscheidung das Risiko der wirtschaftlichen Betätigung auf sich genommen habe [2]. Die unbeschränkte Haftung sorge jedoch für eine wirksame Prophylaxe gegen Vermögensverschiebungen [3].

Diese Gefahr ist im Recht der Personengesellschaften erheblich höher als bei den Kapitalgesellschaften. Die mit einem statutarisch bestimmten Grund- oder Stammkapital ausgestatteten juristischen Rechtspersonen haben einen stabilen, nicht frei veränderbaren Vermögenssockel. Ein Haftungsmißbrauch durch Vermögensverschiebungen innerhalb der AG oder KGaA zugunsten einzelner Privatpersonen ist durch die ständige Kontrolle der Aktionäre über die Verwaltung und die Pflichtprüfung unabhängiger Wirtschaftsprüfer weitgehend eingeschränkt [4]. Die unbeschränkte Haftung natürlicher Personen bei unternehmerischer Betätigung innerhalb juristischer Personen ist daher zur Verhinderung von Vermögensverschiebungen nicht von Belang.

Mythologien über die Heilsamkeit der unbeschränkten Haftung und ihre Entdeckung als ethisches und wirtschaftliches Grundprinzip [5] haben eine unangebrachte Diskriminierung der be-

---

1) in Typenzwang, S.75, 200.

2) Ott, Claus, aaO. S.188/189.

3) Ott, Claus, aaO. S.200.

4) nicht zuletzt auch durch die Bestimmungen über den faktischen Konzern, §§ 311 ff AktG.

5) vgl. Großmann-Doerth in AcP 147, S.5/6, 14/15; Müller-Erzbach in AcP 154, S.342/343; Seemann, Beschränkte Haftung, S.35, 42; Tielsch, aaO. S.4.

schränkten Haftung veranlaßt. Diese Haftungsmodalität taucht im Gesellschaftsrecht dort auf, wo eine feste Kapitalausstattung Ausgangsbasis der wirtschaftlichen Betätigung der Gesellschaften ist [1]. Dies als Negativum [2] zu begreifen, verkennt die grundsätzliche Berechtigung eines Instruments zur Eindämmung unternehmerischer Risiken auf einen vorher festgelegten Vermögensbetrag. Die Begrenzung von Risiken ist ebenso wie das Risiko selbst [3] dem Wirtschaften immanent. Postulat sorgfältiger unternehmerischer Tätigkeit ist es, die Risiken in überschaubaren Grenzen zu halten. Die Möglichkeit beschränkter Haftung natürlicher Personen bei wirtschaftlicher Betätigung muß neben der unbeschränkten Haftung als gleichrangiges legitimes Rechtsinstrument anerkannt werden [4]. Damit ist nicht indiziert, daß jeder wirtschaftlichen Betätigung die Haftungsbeschränkung zuzubilligen ist. Zentrale Bedeutung kommt dem Kapitalfonds der Gesellschaft und seiner Erhaltung zu.

Die weitgehende Transparenz des Vermögens der erwerbswirtschaftlich tätigen juristischen Personen durch die ihnen auferlegte strenge Rechnungslegungspflicht [5] verringert den der Gläubigerstellung immanenten Risikobereich und schafft eine Versachlichung des Haftungspotentials. Das enorme Kapitalbedürfnis der Gesellschaften in den modernen Industriestaaten zwingt ihren Gesellschaftsrechtssystemen zunehmend den Trend

---

1) Ott, Jürgen, aaO. S.46 will daher ein Prinzip der Relation von Einlage und Haftung annehmen.

2) so Seemann, Beschränkte Haftung, S.9.

3) so Ott, Claus, Typenzwang, S.76 Fußnote 112.

4) in diesem Sinne BGH in BGHZ 45,207 = BB 66, S.474; Hesselmann, GmbH & Co., S.59; Limbach in GmbHR 67, S.74; Mertens in NJW 66,1051; Westermann, H.P., in ZRP 72,95.

5) für AG und KGaA prinzipiell, für GmbH demnächst auch, vgl. §§ 127 ff, 152, 154 des Referentenentwurfs eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung; für Personengesellschaften nach § 3 I Ziff.1 des Gesetzes über die Rechnungslegung von bestimmten Unternehmen und Konzernen vom 15.August 1969 - BGBl 1969, I, S.1189-1199 - nur ab einer gewissen Betriebsgröße gemäß § 1 I dieses Gesetzes.

der Entpersönlichung der Unternehmen und der Versachlichung der Vermögensanlagen auf [1]. Die im Schnittpunkt elementarer Interessengegensätze stehende Haftung [2] verlangt mehr und mehr als Garanten fest umrissene Kapitalmengen und vernachlässigt die Beigabe der bedingungslosen Verknüpfung der wirtschaftlichen Existenz einer Privatperson mit dem Erfolg der Unternehmung. Die unbeschränkte Haftung ist in einem solchen System neben der legitimen Haftungsbeschränkung weniger materielles Ordnungsprinzip als vielmehr Schutzinstitut vor Täuschungen über tatsächlich existierende Haftungsverhältnisse und vor Manipulationen an den festen Kapitalbasen.

Dem Trend einer Versachlichung des Haftungssystems paßt sich die Zulassung einer juristischen Person als Komplementär der KGaA an. Die Einschaltung juristischer Personen ist nicht grundsätzlich zu mißbilligen. Die materielle Seite des Haftungssystems der KGaA steht der Zulassung einer juristischen Person als persönlich haftender Gesellschafter der KGaA nicht entgegen. Die Einheit der KGaA ist nach den bisherigen Feststellungen durch einen so gearteten Komplementär nicht bedroht.

---

1) Peter, Neuzeitliche Gesellschaftsverträge, S.356.
2) Ott, Claus, Typenzwang, S.177.

3. Teil: Die KGaA als Typus

Die personenrechtlichen Züge der KGaA werden durch die Zulassung einer juristischen Person als Komplementär eingeschränkt. Entgegen der gesetzestypischen Unmöglichkeit des Wechsels eines natürlichen Geschäftsleiters ohne Einfluß auf die Existenz der KGaA kann durch einen Mitgliederwechsel in der juristischen Person eine unbegrenzte Veränderung der letztlich für die KGaA tätig werdenden natürlichen Personen vorgenommen werden, ohne daß die KGaA davon berührt würde oder dabei mitzuwirken hätte. Der individualistische, sich aus der Führung der Geschäfte durch den natürlichen Komplementär ergebende Charakter der KGaA wird nahezu eliminiert. Eine juristische Person als Komplementär entspricht nicht der gesetzestypischen Ausgestaltung der KGaA. Ihre Zulassung könnte eine ordnungswidrige Veränderung des Typus [1] der KGaA bewirken. Damit stellt sich im Grunde die Frage nach der rechtsbegrenzenden Kraft dispositiver gesetzlicher Regelungen im Gesellschaftsrecht.

In zunehmendem Maße hat sich die Doktrin mit den Problemen atypischer Gesellschaftsgründungen befaßt. Zur Eindämmung atypischer Regelungen hat man sich in neuerer Zeit auf einen jeder Gesellschaft zugrundeliegenden Typus berufen und ihn zur Begrenzung gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsfreiheit herangezogen. Eine gesetzliche Typenordnung als Schranke der Privatautonomie könnte der Zulassung einer juristischen Person als Komplementär in der KGaA entgegenstehen.

A. Die Lehre von der Typengesetzlichkeit

Seit jeher finden sich Ansätze, die Gesellschaftstypen als Grundprinzipien zu verstehen und die gesetzliche Typenordnung als Ausfluß einer zwingenden herrschenden Leitidee aufzu-

---

1) so z.B. bei GmbH & Co., vgl. Ctt, Claus, aaO. S.269; Peter aaO. S.309, der der GmbH & Co. ein riskantes Leben bescheinigt; vgl. zum Streitstand dort Hesselmann, GmbH & Co., S.11/12.

fassen [1]. Die Lehre von der Typengesetzlichkeit hat im Bereich der Personengesellschaften ihre Ausprägung gefunden, weil in ihm der Umfang zwingender Rechtsregeln zugunsten dispositiver Normierungen zurückgedrängt ist und ein weites Spannungsfeld von inhaltlicher Gestaltungsfreiheit und möglichen immanenten Ordnungsprinzipien zutagetritt. Die weitgehend zwingende Ausgestaltung des Rechts der Kapitalgesellschaften läßt wenig Raum für die Ausbildung eines rechtsbegrenzenden Typus, ohne daß aber für diesen Bereich die Geltung der Typenlehre von ihren Verfechtern [2] abgelehnt würde.

Für die gesetzestypische, personalistische und kapitalistische Elemente vereinigende KGaA ist die Frage der Verbindlichkeit des Typus von besonderer Bedeutung. Bei ihr sichert das Gesetz nicht von vornherein in dem Maße das Zusammenspiel von Leitungs- und Kapitalfunktion, die Kontrolle und Legitimation der Unternehmensleitung durch die Gesellschafter wie bei der AG als typischer Kapitalgesellschaft. Der Bereich dispositiver Vorschriften bei der KGaA bietet grundsätzlich einen erheblich größeren Freiheitsraum [3].

I. Inhalt der Lehre

Die Lehre von der Typengesetzlichkeit im Gesellschaftsrecht hat ihren Standpunkt in der institutionellen Betrachtungsweise [4]. Sie betrachtet die Gesellschaft als Institution einer einheitlichen Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung und versteht die Gesellschaft als an ihr partizipierenden Ordnungsfaktor.

Die Typenlehre verkennt im Ausgangspunkt nicht, daß der Gesetzgeber mit der Einsetzung dispositiver Normen im Gesellschaftsrecht eine Abweichung vom Normalfall zulassen wollte

---

1) Ott, Claus, Typenzwang, S.71.

2) Kuhn, Strohmanngründung, S.168, 245; Ott, Claus, Typenzwang, S.145; Paulick, Die eingetragene Genossenschaft, S.20, 80.

3) Möhring-Tank, Handbuch, S.270, Rnd.621, Fülle individueller Gestaltungsmöglichkeiten.

4) Vgl. Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S.114

und nicht jede Abweichung einen Verstoß gegen die Gesellschaftsrechtsordnung darstellt. Ein Einbruch in diese Ordnung liegt nach dieser Lehre aber dann vor, wenn der der Gesellschaftsform zugrundeliegende Typus verkehrt wird.

Der Typus im Sinne der Typenlehre ist die Kennzeichnung eines Zusammenschlusses von charakteristischen, auf den Wesenskern der Gesellschaft bezogenen Erscheinungsmerkmalen im Gegensatz zu den zwingend geforderten Merkmalen der Rechtsform [1]. In diesem Typus der Gesellschaft, so nimmt die Lehre an, seien materielle Interessenentscheidungen zum Ausdruck gekommen, die ordnungsfunktionellen Gehalt hätten und in ihrer Gesamtheitsbezogenheit nicht voneinander gelöst werden dürften, wenn nicht die Gesellschaftsform oder die Gesellschaftsordnung als Sinnganzes außer Kraft treten und einer instrumentalen Rechtstechnik und der Macht pseudowirtschaftlicher Bedürfnisse [2] der Vorrang eingeräumt werden solle. Wann der Pfad der Typik verlassen ist und welche Interessenentscheidungen in dem Typus unabdingbar verwurzelt sind, wird von den Vertretern der Typengesetzlichkeit im einzelnen unterschiedlich umschrieben.

Paulick [3] meint, die Gestaltungsfreiheit finde dort ihre Grenze, wo der verkehrstypische Bereich, den jedes Rechtsinstitut besitze, verlassen werde. Die essentiellen Merkmale des Typus, die verbindliche gesellschaftsrechtliche Ordnungsprinzipien seien [4], ergäben sich teilweise aus Ordnungsgrundsätzen der Wirtschaftsverfassung [5], teilweise aus der Funktion der Privatautonomie selbst, die eine freie Entfaltung nur bei Verkehrstypik und objektiver Schutzwürdigkeit zulasse [6].

---

1) Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.12 und NJW 72,1355; Westermann, H., Handbuch, Rnd.8; Teichmann, aaO. S.139 Typus als Sinnganzes, dessen Elemente man nicht aufzählen kann, die sich aber in der Gesamtschau in einem typischen Bild finden.

2) Raiser, Vertragsfunktion S.119 spricht von der "normativen Kraft des Faktischen".

3) in Eingetragene Genossenschaft, S.19.

4) Paulick, aaO. S.36.

5) S.72, wie z.B. der Schutz von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und S.83, das Gleichgewicht von Macht und Verantwortung.

6) derselbe, S.20.

Kuhn [1] verlangt die Respektierung des Typus aus dem Sinnzusammenhang der Normen. Die Grenze der Abänderbarkeit dispositiver Normen bilde die 'Denaturierung' des Gesetzeswillens, der in den Strukturprinzipien wertbindend zum Ausdruck gekommen sei. Es müsse ein geschlossenes Unternehmensrecht durchgesetzt werden, das eine Einheit mit der Wirtschaftsverfassung und der Wettbewerbsordnung bilde [2].

Claus Ott [3] wendet sich gegen die von Paulick und Kuhn indizierte Kennzeichnung des Vertrages als Instrument gemeinschaftlicher Belange und betont die Polarität von Einzel- und Gemeinschaftsvorstellungen über eine zweckmäßige und gerechte Ordnung. Aufbauend auf der Lehre Raisers [4], daß das Spiel wirtschaftlicher Kräfte nicht sich selbst überlassen bleiben dürfe, vielmehr eine Bindung der Privatautonomie durch den Zweck eines Rechtsinstituts erfolge, leitet er den Sinngehalt der Gesellschaftstypen aus der Funktion der Gesellschaft in der Gesamtrechtsordnung ab [5]. Diese Funktion ergäbe sich aus der Integration der Gesellschaft als erwerbswirtschaftliche Unternehmung in die gesamte Wirtschaftsordnung [6]. Die Wertstruktur der Gesellschaft sei daher nicht nur individualbereichsbezogen, sondern reiche in die Wirtschaftsverfassung hinein. Atypik als besonderer Fall der Gesetzesumgehung sei anhand der allgemeinen Ordnungsprinzipien der Wirtschaftsord-

---

1) Strohmanngründung, S.36.

2) derselbe aaO. S.169 und 233; Wettbewerbsordnung als Grenze der Vertragsfreiheit auch Dilcher in NJW 1960, 1042.

3) Typenzwang, S.86.

4) Raiser in summum ius, S.163 und in JZ 58, S.3.

5) Ott, aaO. S.65, der eine Interpretation des gesetzlichen Gesellschaftsstatus zur Rechtsbegrenzung für nicht erkenntnisträchtig hält.

6) derselbe, aaO. S.60.

nung und der gesetzlichen Risiko-, Haftungs- und Handlungsstruktur [1] der Gesellschaft zu beurteilen. Ein Eingriff in diese Ordnungsprinzipien würde die zur Sicherung des Gesamtablaufs der Wirtschaft geschaffenen Kräfte ausschalten [2]. Der Einbau juristischer Personen zwischen Gesellschaftern und Gesellschaft zur Abschirmung gegen die persönliche Haftung des Gesellschafters verstoße gegen diese Ordnungsprinzipien [3].

II. Kritik an der Lehre

Es bedarf eines Einblicks in den Entstehungsvorgang der Gesellschaftsformen, um erkennen zu können, ob sich die Lehre von der Typengesetzlichkeit auf ein gesetzgeberisches Prinzip berufen kann.

1. Die Ausgestaltung von Gesellschaftsformen kann auf zwei verschiedene Verfahrensarten zustande kommen. In einem Fall formt der Gesetzgeber eine im allgemeinen Rechtsbewußtsein vorhandene Überzeugung aus. Seine Aufgabe besteht dann in der rechtlichen Ausprägung eines aktuellen Ordnungsgebildes [4]. Im anderen Fall bildet der Gesetzgeber eine nicht im allgemeinen Rechtsbewußtsein vorhandene Wertvorstellung neu und versucht, sie durch die Schaffung einer neuen Rechtsform in die Wirklichkeit zu integrieren [5].

a. Der deutsche Handelsgesetzgeber hat sich vornehmlich der ersten Verfahrensart bedient. Allein die GmbH als künstliche Fantasieschöpfung [6] entspricht einer vom Gesetzgeber inspirierten Wertbildung. Die übrigen Gesellschaftsformen sind in

---

1) Darunter versteht er die Ordnungskräfte, die ein den Marktgesetzen entsprechendes Verhalten aufzwingen wollen; Ott, Claus, ebenda, S.148, 202, 264-266.

2) Ott, Claus, Typenzwang, S.84/85 sieht die Typengesetzlichkeit als Innenbeschränkung der Privatautonomie, nicht als Außenbeschränkung.

3) derselbe, aaO. S.178, 269, allerdings bezogen auf die Personengesellschaften des HGB.

4) vgl. Westermann, H., in ZfG 64,305 (307).

5) so Westermann, H., in ZfG 64,307.

der Rechtspraxis gewachsene Gebilde, die der Gesetzgeber in der Rechtswirklichkeit vorfand und nur noch in eine abstrakte Form zu bringen hatte [1]. Das Wachstum dieser Gebilde bis zur entscheidenden handelsrechtlichen Gesetzgebung des 19.Jahrhunderts verlief ungleichmäßig und sprunghaft, beeinträchtigt von einer Vielzahl von Faktoren.

So war es einmal die zeitgenössische Einstellung der Menschen selbst zur Wirtschaft, die die Entwicklung der Handelsgesellschaften hemmte, bremste oder förderte. Nicht nur in der Antike, sondern noch während des ganzen Mittelalters bis hinein in die Neuzeit [2] diskriminierten Standesvorurteile den Handel, so daß bestimmte Personengruppen sich die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr nur durch Schaffung cachierender Formen erschleichen konnten.

Zum anderen übte die Kirche einen nicht unbedeutenden Einfluß auf die Entwicklung der Gesellschaftsformen aus. Es waren vor allem die kanonischen Zinsverbote, die in den Handelsverkehr eingriffen. Kommanditgesellschaften, die vom Zinsverbot nicht betroffen waren [3], florierten und nahmen im Wirtschaftssystem eine bedeutende Stellung ein. Demgegenüber hemmte das Zinsverbot die Entwicklung von Aktiengesellschaften. Wenn auch die Beteiligung mit einem Geldkapital nicht als Verstoß gegen das Zinsverbot angesehen wurde [4], so führte die regelmäßig wieder zur Prüfung anstehende Frage der Vereinbarkeit der Kapitalbeteiligung mit dem Zinsverbot zu größerer Zurückhaltung gegenüber derartigen Gesellschaftsbildungen.

---

6) Koller, Grundfragen, S.61 und 76; Immenga, aaO. S.22.

1) vgl. Koller, aaO. S.61.

2) vgl. Berger, aaO. S.9.

3) vgl. dazu die Konstitution von Papst Sixtus V. von 1586 bei Fick in ZHR Bd.5, S.34/35.

4) Renaud, AG, S.20/21.

Nicht zuletzt ist die Einstellung des Staates zu den Handelsgesellschaften von Einfluß gewesen. Seine Mitwirkung bei der Entstehung, je nach Art bezeichnet als Octroi-[1], Konzessions-[2], Normativsystem[3] oder System der freien Körperschaftsbildung [4], ist gerade bei den großen Gesellschaften getragen gewesen von der Furcht, aus der wirtschaftlichen Machtballung könne sich politische Einflußnahme und Korruption ergeben [5].

Eine derartige, vielfach durch willkürliche Einflüsse vielschichtig aufbereitete Rechtspraxis der Gesellschaftsgebilde fand der Gesetzgeber vor. Ihm blieb die Aufgabe, den vorgefundenen Wirtschaftskomplex in eine, wenn auch in Einzelheiten veränderte, abstrakte Form zu bringen, ohne daß er in der Lage gewesen wäre, die verschlungenen historischen Werdegänge der Gesellschaftsarten nachzuvollziehen und sich der in ihnen wurzelnden, willkürlichen Interessenbewertungen zu entziehen.

---

1) Zur Gründung der Gesellschaft bedarf es einer Spezialregelung in Form eines konkreten Rechtssatzes (Octroi): Rechtsfähigkeit kraft konkreten Rechtssatzes; dies System galt bis Ende des 18.Jahrhunderts, vgl. dazu Großfeld, Aktiengesellschaft, S.115/116; Beitzke in ZHR 108, S.36/37; Hallstein, Aktienrechte, S.55.

2) Zur Gründung ist staatliche Genehmigung erforderlich; im Unterschied zum Octroi entscheidet eine abstrakte Regelung über die Entstehung; Rechtsfähigkeit wird kraft Ermessensentscheidung der Verwaltungsbehörde erlangt; zuerst im Code de Commerce von 1807, vgl. Büttner, Identität, S.55; Großfeld, Aktiengesellschaft, S.121; Hallstein, Aktienrechte, S.57.

3) Es folgt in der 2.Hälfte des 19.Jahrhunderts der 'laissez-faire'-Forderung des Liberalismus; Rechtsfähigkeit wird auf Grund der Erfüllung bestimmter, gesetzlich festgelegter Voraussetzungen erlangt (Rechtsfähigkeit kraft allgemeinen Gesetzes); die staatliche Mitwirkung beschränkt sich auf die Überprüfung der Erfüllung dieser Voraussetzungen und deren Bekundung durch Eintragung im Handelsregister, vgl. dazu Beitzke in ZHR 108, S.43; Büttner, Identität, S.55; Großfeld, Aktiengesellschaft, S.137 und 139; Hallstein, Aktienrechte, S.57 und 63.

4) vgl. Büttner, Identität, S.55 mit der Errichtung der Gesellschaft ergibt sich ihre Rechtsfähigkeit.

5) so wies z.B. 1876 die Handels- und Gewerbekammer Zittau darauf hin, daß von den 203 Abgeordneten des österreichi-

b. Um der Vielzahl der konkreten Lebenssachverhalte und den Idealen der Rechtsbildung, Bestimmtheit und Angemessenheit der Normgebung [1], auch nur annähernd gerecht zu werden, integrierte der Gesetzgeber die in den Einzelfällen wiederkehrenden, rechtlich bedeutsamen Züge zu einem Typus. Dieser Typus stand dem Gesetzgeber mehr oder weniger bei den zu konzipierenden Rechtsformen vor Augen [2]. Die Denkform des Typus ist zur abstrakt generellen Tatbestandsbildung ein notwendiger Teil des gesetzlichen Normierungsverfahrens. Davon ist aber die Frage der Verbindlichkeit des Typus zu unterscheiden.

Jeder abstrakt generellen Norm ist die Möglichkeit atypischer Fälle immanent. Es ist nicht möglich, die gesetzliche Regelung auf die zahlreichen, verschiedenen Lebenserscheinungen abzustellen [3]. Dazu sind zum einen die Ausdrucksmittel des Gesetzgebers zu begrenzt; er ist nicht in der Lage, seine Vorstellungen unzweideutig und vollständig wiederzugeben [4]. Zum andern ist auch sein Anschauungsvermögen limitiert, so daß ein Ergreifen der unendlichen Mannigfaltigkeit des modernen Lebens utopisch ist [5]. Die Vielfalt des Lebens stellt den Normgeber in keinem Rechtsgebiet vor komplexere Probleme als im Bereich des Gesellschaftsrechts, wo Interessengegensätze und Konkurrenzdenken kumulieren. Die Grundlagen wirtschaftlicher Betätigung sind in ständiger Bewegung. Damit ändern sich auch ständig die Anforderungen, die das Leben an das Recht stellt [6]. Diese Motorik sehend und der These anhängend, daß

---

schen Abgeordnetenhauses im Jahre 1874 164 in Verwaltungsräten von 81 Aktiengesellschaften saßen, vgl. Großfeld, Aktiengesellschaft, S.125.

1) vgl. Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, S.6.

2) vgl. Koller, Grundfragen, S.81.

3) so auch Elschenbroich, KGaA, S.51; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.123.

4) Elschenbroich, KGaA, S.51 praktische Unmöglichkeit gesetzlicher Filigranarbeit.

5) vgl. Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung, S.6/7.

6) Heck, aaO. S.27.

es ureigenstes Interesse der Wirtschaftenden selbst sei, die richtige Gesellschaftsform zu wählen, weil ohne gesetzliche Einflußnahme die Wirtschaftsordnung ein sich selbst regulierendes Kräftespiel sei [1], wollte der liberale historische Gesetzgeber [2] mit der gesetzlichen Normierung der Gesellschaftsformen lediglich einen allgemein gültigen Rahmen wirtschaftlicher Betätigung festlegen, ohne mehr als es hiernach nötig war, in den Bereich der Privatrechtsgestaltung einzugreifen. Der Gesetzgeber ging nicht von einer zwingenden Innengestaltung und Organisation der Gesellschaften aus, sondern sein Augenmerk galt vornehmlich dem Schutz außenstehender Dritter [3].

So erklärt sich auch die vom Gesetzgeber selbst in einzelnen Gesellschaftsformen vorgenommene instrumentale Vermengung körperschaftlicher und personalistischer Elemente. Diese Grundtypenvermischung [4] ist im Gesellschaftsrecht fest verankert [5] und hat ihr Paradebeispiel gerade in der KGaA [6]. Der Gesetzgeber selbst hat keinen Typenzwang in dem Sinne beabsichtigt, daß die autonome Ausgestaltung einer bestimmten Verbandsform nicht nur nicht gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstoßen darf, sondern darüber hinaus eine aus den

---

1) vgl. dazu Großmann-Doerth in AcP 147, S.5; Kuhn, Strohmanngründung, S.48; Raiser in JZ 58, S.3.

2) so Immenga, aaO. S.425; Koller, Grundfragen, S.95; Kuhn, Strohmanngründung, S.48; vgl. auch Großfeld, Aktiengesellschaft, S.132.

3) vgl. Spalcke, aaO. S.19.

4) in diesem Sinn Grundtypenvermischung in der Organisationsform; davon zu unterscheiden ist die Verbindung divergierender Gesellschaftsformen miteinander, ohne daß eine der beteiligten Gesellschaften ihre Selbständigkeit verliert, vgl. dazu Hesselmann, GmbH & Co., S.1; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.252.

5) BVerfG in GmbHR 68,228 (229); BGH in BGHZ 45,204 (206); Tielsch aaO. S.37; Wenninger, aaO. S.23; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.6 und in ZRP 72,97; Winkler in NJW 70,1069; Zielinski, Grundtypenvermischungen, S.45 und 60.

6) Elschenbroich, KGaA, S.180; Zartmann in BB 51,736.

dispositiven Regelungen abgeleitete Typengesetzlichkeit einhalten muß[1].

2. Das gebrochene Verhältnis des liberalen Gesetzgebers zur Typengesetzlichkeit ist auch bei Kuhn [2] nicht unbeachtet geblieben. Er meint [3], der Doktrin komme die Aufgabe zu, die isoliert geschaffenen Gesellschaftsformen zu einer einheitlichen Typenordnung zu integrieren und ihnen einen Ordnungswert zu verschaffen, dessen Nichtbeachtung den Vorwurf des Institutionenmißbrauchs auslöse [4].

Die Typenlehre will einen Beitrag zur besseren, nach objektiven Kriterien zu beurteilenden Ermittlung gesellschaftsrechtlicher Mißbräuche leisten. Die Frage ist, ob der Typus der Gesellschaft dazu ein geeignetes Mittel ist.

a. Der Typus knüpft als Nahtstelle zwischen Tatbestand und Norm an Lebenssachverhalten an [5]. Das in seinen begrifflichen, sozialen und wirtschaftlichen Gruppierungen [6] bereits vorgeformte und in ständiger Bewegung begriffene Leben ist der Stoff des Rechts. Die Institutionalisierung einer Typengesetzlichkeit als Grenze der Vertragsfreiheit würde zu einer für alle Zeiten verbindlichen Wertentscheidung führen [7]. Trotz der ständigen Veränderung des Stoffs des Rechts bliebe eine starre, fest fixierte Grenze der Rechtsbildung im Merkmal Typus. Es würde verhindert, daß sich das Recht über die wirtschaftlichen Verhältnisse bei der Abfassung des Gesetzes hinaus entsprechend der tatsächlichen Änderung der Verhält-

---

1) so auch Nitschke, Personengesellschaft, S.7, 8.

2) Strohmanngründung, S.169, 185.

3) vgl. Kuhn, aaO. S.153; wohl auch Raiser in summum ius, S.164; Großmann-Doerth in AcP 147, S.4/5.

4) vgl. dazu Mertens in NJW 66,1049.

5) Koller, Grundfragen, S.87.

6) vgl. Geiler, Die wirtschaftsrechtliche Methode, S.7 (597).

7) so Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.102 'Einfrierung' des status quo.

nisse fortentwickelt [1]. Die Festschreibung normtypischer Ausgangslagen zu festen Rechtsgestaltungsgrenzen führt zu einer Erstarrung des Gesellschaftsrechts und zu einer progressiven Kluft zwischen Recht und Wirklichkeit, deren Beseitigung die Typenlehre gerade beabsichtigt. Das Recht verliert seine gestaltende Kraft und seine lebens- und gemeinschaftsfördernde Funktion.

Diese Gefahr erkennt offenbar auch Ott [2]. Er läßt die Frage, ob die gesetzliche Typenordnung durch den Wandel der Unternehmensstrukturen einem legitimen Ordnungsbedürfnis im Wege steht, offen und will die normative Wertung eines früheren Gesetzgebers in der Typik nur insoweit als verbindlich ansehen, als sie mit der aktuellen verfassungsmäßigen Gesamtordnung übereinstimmt [3]. Damit erreicht er zwar eine gewisse Elastizität der Typenordnung, nimmt ihr aber als rechtsbegrenzende Kraft nahezu jede Kontur.

Ohne Erfassung möglicher Typenänderungen ist die Typenlehre rechtszerstörend, nicht aber rechtsbegrenzend. Der Typus ist einem ständigen Wandlungsprozeß unterworfen; die Typizität einer Gesellschaftsform ist ein modus vivendi, beeinflußt durch den Gesetzgeber selbst mit typenändernden Normierungen [4] und durch die Änderung der tatsächlichen Lebensverhältnisse. Damit ist der Typenzwang keine feste Grenze der Vertragsfreiheit, als welche er von den Vertretern der Typenlehre gedacht ist, sondern allenfalls eine bewegliche Grenze der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit.

b. Der Inhalt einer solchen Rechtstypbegrenzung ist uferlos. Im Gesellschaftsrecht fehlen verbindliche, einheitliche Leitbilder der Gesellschaftsformen. Es gibt keine Typenreinheit

---

1) vgl. Heilbrunn in JW 1925, 2017, Fortentwicklung des Rechts als Aufgabe der Rechtsprechung.

2) Ott, Claus, Typenzwang, S.259, 260.

3) derselbe, aaO. S.58.

4) vgl. z.B. die Regelung der KGaA im Anschluß an die AG im AD HGB 1897 und ihre Anerkennung als juristische Person im AktG 1937.

von Personen- und Kapitalgesellschaften, und es existiert keine scharfe Trennungslinie zwischen Verbänden mit eigener Rechtspersönlichkeit und ohne solche; KG und OHG bilden als der juristischen Person angenäherte Rechtsfiguren eine fließende Grenze. Die einzelnen Gesellschaftsformen stehen nicht nebeneinander, sondern überlappen sich [1]. In einem so gekennzeichneten Gesellschaftsrecht ist die Atypik geradezu typisch. Es sei nur auf den Bereich der Beendigungsgründe für Personengesellschaften hingewiesen. Es gibt wohl keine KG, die nicht entgegen der gesetzlichen Normalregelung [2] die Kündigung eines Kommanditisten als Beendigungsgrund der KG ausschließt. Die Frage, welcher Grad der Atypik einen Verstoß gegen das gesetzliche Ordnungsbild darstellt, vermag die Typenlehre nicht zu beantworten. Denaturierung des Gesetzeswillens bei verwobenem geschichtlichen Werdegang der Gesellschaftsformen und Herausfallen aus der Verkehrstypik bei ständig alternierenden Verhältnissen ist kein ausreichend prägnanter Maßstab. Eine Qualifizierung einzelner Regelungen als typenwidrig mit der Folge ihrer Unzulässigkeit oder gar Unwirksamkeit verliert sich im Bereich irrationaler Wertungen und ist eher Glaubens- als Rechtsaussage. Die Typenlehre ist zur Begrenzung der Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht ungeeignet und daher auch als Postulat nicht erstrebenswert [3]. Die Gesellschaftstypen sind keine der Parteidisposition entzogene Ordnungstypen.

Damit ist die Typenlehre für das Gesellschaftsrecht allerdings nicht bedeutungslos. Als Beschreibung der gesetzestypischen Ausgangslage kann der Typus zur Kennzeichnung einer normaltypischen Interessenkonstellation dienen, deren Beurtei-

---

1) Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.96.

2) vgl. §§ 161 Abs.2, 131 Nr.6 HGB, dazu Möhle, Personengesellschaft, S.295 Ngr.1.

3) so im Ergebnis auch Koller, Grundfragen S.94; Immenga, aaO. S.425; Mertens in NJW 66,1052 und GmbHR 67,45; Nitschke, Personengesellschaft, S.8; Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.140; Westermann, H., Handbuch, Rnd.8; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.53 und 381.

lung für die Bewertung atypischer Fälle zu einer Richtschnur werden kann [1]. Der Typus kann zur Feststellung und Charakterisierung der Normallage herangezogen werden, als feststehender Gradmesser ordnungswidriger Gesellschaftsgestaltungen ist er aber überfordert. Die Typenlehre schafft keine neuen Ordnungskriterien, sondern verlangt eine genaue punktuelle Kontrolle des Einzelfalles und Untersuchung der Einzelmerkmale mit dem Ziel, Erkenntnisse dafür zu gewinnen, ob die Abänderung einzelner Strukturelemente materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen zuwiderläuft. Eine so geartete Grenze der Privatrechtsgestaltung ist keine Besonderheit des Gesellschaftsrechts [2].

Die Zulassung einer juristischen Person als Komplementär wird nicht durch ein ganzheitlich bezogenes, unantastbares Sinnganzes in Gestalt des Typus der KGaA ausgeschlossen.

Zwangsläufig stellt sich die Frage, ob damit dem Mißbrauch der Gesellschaftsformen Tür und Tor geöffnet ist und jeder Gestaltung außerhalb des Bereichs zwingender Normen der Weg geebnet ist.

B. Rechtspolitische Auswirkungen

In der Zulassung einer juristischen Person als Komplementär könnte die Kapitulation vor der Macht wirtschaftlicher Bedürfnisse zulasten einer wertgebundenen Gesellschaftsordnung liegen.

I. Mißbrauchsverbot im Gesellschaftsrecht

Die Suche nach faßbaren Kriterien zur Eindämmung gesellschaftsrechtlicher Mißbräuche hat die Vorstellung von einer gesetz-

---

1) so wohl Koller, Grundfragen, S.147, 150, 171; weitergehend wohl Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.53 und 381, der den Normaltypus zur Beurteilung mißbräuchlicher Typendehnungen heranzieht.

2) vgl. dazu Mertens in NJW 66,1051; Nitschke, Personengesellschaft, S.8; Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.250/251; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.55 und 383.

lichen Gesamtkonzeption des Gesellschaftsrechts als Illusion erscheinen lassen. Es bleibt die Frage nach institutionellen Bindungen im Gesellschaftsrecht.

Durch die gesetzliche Kodifizierung der Gesellschaftsformen soll die wirtschaftliche Betätigung kanalisiert werden. Dem Handelsrecht kommt die Aufgabe zu, lebensfähige Organismen zur Teilnahme am Wirtschaftsleben zu gestalten [1]. Das Recht als Dienerin menschlicher Interessen [2] und die Norm als Verwirklichung sozialer Bedürfnisse [3] müssen im Gesellschaftsrecht in besonderem Maße auf eine Harmonie mit den tatsächlichen Bedürfnissen und Verhältnissen bedacht sein [4]. Die Relevanz des Rechts erfordert in diesem Bereich eine ständige Vergegenwärtigung der Interessen der Gesellschafter, der Gläubiger und der Öffentlichkeit. Nicht ist es Sinn des Gesellschaftsrechts, die wirtschaftliche Betätigung in ein unangemessenes Korsett zu zwingen, das zwar gesetzgeberischen Utopien, nicht aber wirtschaftlichen Realitäten entspricht [5]. Damit ist nicht einer 'wirtschaftsrechtlichen Methode' [6], nach der sich das Recht im Feststellen vorgefundener Tatbestände und der Zurverfügungstellung der notwendigen rechtlichen Formen erschöpft, das Wort geredet. Die Norm dient nicht der Verwirklichung der sich in der Rechtswirklichkeit durchsetzenden Interessen, sondern sie hat allein die anerkennenswerten Interessen zu legitimieren. Diese Wertung ist Kernstück

---

1) Winkler in NJW 69,1935.

2) Schwabe, Das Rechtsgebilde als Person, S.181.

3) Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S.23.

4) Elschenbroich, KGaA S.49, der Gesetzgeber muß der wirtschaftlichen Wirklichkeit nahekommen; Martin, aaO. S.36, Spannungsverhältnis des geschriebenen Rechts und des wirklichen Rechtszustandes im Gesellschaftsrecht.

5) vgl. Anschütz-Völderndorff, AD HGB, S.123; Barz in NJW 72,467.

6) vgl. Geiler, Die wirtschaftsrechtliche Methode, S.7, 8; Immenga, aaO. S.22/23.

des heute vollzogenen Wandels von der Begriffs- zur Interessenjurisprudenz [1]. Die Interessenbewertung muß in den Zentralbereich jeder Beschränkung der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit rücken [2]. Damit wird keine Kapitulation vor der Macht wirtschaftlicher Bedürfnisse propagiert [3], sondern allein die Vorrangigkeit gewisser sozialer Interessen fixiert. Auch sie können zur Verhinderung mißbräuchlicher Bedürfnisschöpfungen führen.

Die Tatsache, daß die Gesellschaftsrechtspraxis sich weitestgehend instrumentaler Rechtsformverwendung bedient, schließt nicht jeden institutionellen Gehalt dieses Rechtsbereichs aus [4]. Allerdings ist der institutionelle Gehalt der Gesellschaftsformen bislang nicht relevant spezifiziert worden. Einzelne Gestaltungen werden trotz Sanktionierung durch Rechtsprechung und Rechtspraxis als prinzipieller Verstoß gegen die institutionelle Lehre verstanden [5]. Damit diese Lehre insgesamt im Gesellschaftsrecht abzulehnen, wäre ein voreiliger Schluß.

Ein institutioneller Gehalt der Gesellschaftsformen entbindet den Rechtsanwender nicht von einer punktuellen Einzelprüfung, ob ein Mißbrauch der Gestaltungsfreiheit vorliegt.

---

1) Westermann, H., Person, S.5; Nass, Person, S.81; Mestmäcker in JuS 63,417, allerdings mit der Annahme einer Interpendenz von Rechts- und Wirtschaftsordnung.

2) so auch Mertens in NJW 66,1052, 'differenzierter Interessenschutz'.

3) vgl. dazu Immenga, aaO. S.25; Raiser, Vertragsfunktion, S.119; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.67 und 79,80; Pflug in NJW 71,347, der eine eigene Typik wirtschaftlicher Macht gegenüber der gesetzlichen Ordnung annimmt.

4) a.A. wohl Mertens in NJW 66,1049/1050.

5) vgl. zur Einmann-Gesellschaft Müller-Erzbach in LZ 33,148; Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.141; zur GmbH & Co. Ott, Claus, Typenzwang, S.20; Hesselmann, GmbH & Co., S.11 weist auf die Gegner hin.

Allgemeingültige Begrenzungskriterien haben angesichts der Diversifikation und Diffusion gesellschaftsrechtlicher Erscheinungen wenig Aussagekraft. Sie müssen eine totale Interessenausschöpfung zulassen und inhaltlich so anpassungsfähig sein wie das allgemeine Verbot des Mißbrauchs der Gesellschaftsformen. Dem Mißbrauchsprinzip als Grenze der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit widersetzt sich im Grunde niemand [1]. Die Kriterien, an denen ein Mißbrauch zu messen ist, werden allerdings weitgehend unterschiedlich bestimmt. Im Kern erscheint der Mißbrauch der Gesellschaftsform als verkehrs- und gläubigerwidriges Verhalten [2]. Umstritten ist, ob mit dem Mißbrauchsverbot ein ausreichender Schutz vor uferloser instrumentaler Rechtstechnik geboten wird.

Faß man den Mißbrauch eines Rechtsinstituts als ein den Rechtsfrieden bedrohendes, inadäquates Interessenmißverhältnis, ein unerträgliches Machtgefälle, als Außerachtlassung sozialer Gebundenheiten und konkreter gesetzgeberischer Wertungen auf [3], so steht dem elementaren Grundprinzip der Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht ein ausreichendes Korrektiv gegenüber. Die Schwäche dieses Korrektivs, seine Unschärfe, bildet gleichzeitig seine Stärke als Paßform spezifischer Einzelfallkonstellationen.

---

1) zum Mißbrauchsprinzip vgl. Beitzke in JZ 56,40; Elschenbroich,aaO. S.52; Immenga S.405, 419; Müller-Erzbach in AcP 154, 137; Ott, Claus, Typenzwang, S.25; Koller, Grundfragen, S.141; Raiser in summum ius, S.157; Serick, Rechtsform, S.17, 203, 208; Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.405, 419; auch BGH in BGHZ 45,204 (207) = BB 66,475.

2) vgl. Ott, Claus, Typenzwang, S.28.

3) Dabei kann auch die Wirtschaftsordnung, ohne daß ihr generell begrenzender Rechtswert zukäme, Berücksichtigung finden, ähnlich Immenga, aaO. S.115, 121; Mestmäcker in IuS 63,420.

II. Interessenlage bei der juristischen Person als Komplementär

Oben [1] ist bereits ausgeführt worden, daß die Zulassung einer juristischen Person das Strukturgefüge der KGaA nicht außer Kraft setzt und Gesellschafter- und Gläubigerinteressen nicht entscheidend tangiert werden.

Zu prüfen bleibt, ob ein allgemeines Interesse der Öffentlichkeit an der Ausschaltung juristischer Personen als Komplementär der KGaA und der Aufrechterhaltung des gesetzestypischen Umfangs der personenbezogenen Stellung des Komplementärs besteht. Ein solches Interesse kann vornehmlich dann der Zulassung entgegenstehen, wenn derartige Mischformen prädestiniert sind, Täuschungen und Irreführungen des Rechtsverkehrs zu begünstigen und schädliche Auswüchse zu sanktionieren.

Beschränkte und unbeschränkte Haftung hat der Gesetzgeber als gleichrangige Möglichkeiten wirtschaftlicher Betätigung nebeneinandergestellt. Die Stabilisierung wirtschaftlicher Unternehmungen über Generationen hinweg [2], wie sie die Zulassung juristischer Personen bei der KGaA ermöglicht, ist Postulat des modernen Gesellschaftsrechts und liegt im Interesse einer gesunden Wirtschaft. Die Anforderungen an wirtschaftliche Unternehmungen haben sich geändert. Modernen Industrieunternehmen stellen sich andere Probleme als den klassischen Handelsunternehmungen vergangener Jahrhunderte. Patriarchalisch geführte Unternehmen, für die sich die gesetzestypische KGaA anbietet, nehmen ab, wirtschaftliches Überleben erfordert neue Führungstechniken und größere Orientierung durch Kooperation, Konzentration und Dezentralisation [3]. Die Beteiligung

---

1) vgl. Teil 2, S.30 ff.

2) Peter, Neuzeitliche Gesellschaftsverträge, S.356 bezeichnet dies als Kennzeichen des modernen Gesellschaftsrechts.

3) vgl. zu den einzelnen Strategien und Orientierungsbasen Peter, aaO. S.507, 509, 510.

von Gesellschaften an anderen Wirtschaftskörpern ist geradezu zu einer Notwendigkeit in der modernen Wirtschaftsentwicklung geworden [1].

Diesem Trend entgegenzutreten, hat der Gesetzgeber mit der ausdrücklichen Verankerung von Konzernbildungen [2] abgelehnt. Er hat vielmehr versucht, durch gezielte Einzelregelungen diese Entwicklungstendenzen im Gesellschaftsrecht zu leiten und das 'Hintertreppenlaufen' [3] durch rechtsgestaltende Einflußnahme in Bahnen zu lenken [4]. Das erfordert einen Einblick in die einer Entwicklungstendenz innewohnenden Eigenheiten und ihren Auswuchsmöglichkeiten.

1. In der Mischform der GmbH & Co. glaubte man durch eine Verschiebung der Vermögensmassen unter den Gesellschaftern den Entzug der Haftungsgrundlage befürchten zu müssen [5]. Diese Furcht gründete sich auf das Fehlen einer festumrissenen Vermögensmasse der Personengesellschaft.

Derartige Befürchtungen auf die 'GmbH & Co. KGaA' zu übertragen, ist nicht berechtigt. Das feststehende Grundkapital der KGaA bildet einen Garantiefonds, der jährlich anhand fester Bewertungsnormen auf seine Bonität überprüft und publiziert wird. Zwar bietet dies keine Gewähr gegen den Verlust von Gesellschaftsmitteln. Die Bekanntgabe des jeweiligen Standes des Kapitals erfüllt aber eine gewisse Warn- und Schutzfunktion [6]. Das ziffernmäßig bestimmte Mindestkapital

---

1) vgl. Zielinski, Grundtypenvermischungen, S.4.

2) §§ 291 ff AktG.

3) so Mertens in GmbHR 67,46 für Einmann-GmbH.

4) z.B. neuerlich durch die Kartellnovelle, Entwurf des 'Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen', in dem eine präventive Fusionskontrolle und die gleichzeitige Förderung leistungssteigernder Kooperation kleiner und mittlerer Unternehmen angestrebt wird; vgl. Wirtschaftswoche 1972, Nr.47, S.14 und 17.

5) vgl. Winkler in NJW 69,1010.

6) vgl. Westermann, H.P., in ZRP 72,96.

sowohl der KGaA als auch des Komplementärs in Form einer juristischen Person schafft Klarheit für den Rechtsverkehr und stellt ein geringeres Risiko dar als die Möglichkeit künstlicher Verarmung eines natürlichen, persönlich haftenden Gesellschafters durch Vermögenstransaktionen.

a. Bedenklicher könnte eine Unterkapitalisierung der Gesellschaft sein. Ein mögliches, naheliegendes Kapitalgefälle zwischen KGaA und juristischer Person könnte eine unangemessene Risikoeindämmung veranlassen. Als Gegenmaßnahme könnte sich eine Neueinführung der ehmals bestehenden Einlagepflicht des Komplementärs anbieten [1]. Die als Komplementär beteiligte juristische Person könnte in ihrer Kapitalausstattung prozentual nicht unerheblich an das Grundkapital der KGaA, sei es in Form einer Pflichteinlage oder durch die Übernahme von Aktien, gebunden werden.

Bereits einmal hat sich die Einführung einer Pflichtbeteiligung des Komplementärs als Fehlregelung erwiesen [2]. Eine Bewältigung des Problems unzureichender Eigenkapitalausstattung der Unternehmen wird damit nicht erreicht, da die Kapitalbasis in ein angemessenes Verhältnis zum Unternehmensvolumen zu bringen ist, also einer ständig neuen Anpassung bedarf. Mit der generellen Festschreibung bestimmter Mindestkapitalien ist nicht geholfen. Das Problem der Unterkapitalisierung deutscher Unternehmen ist im übrigen allgemeiner Art. Seine Wurzeln liegen nicht zuletzt in den Geldentwertungen nach den beiden Weltkriegen und beträchtlichen Steuerbelastungen [3].

Das Risiko einer ordnungsgemäßen Kapitalausstattung muß im übrigen grundsätzlich in der Sphäre der Gläubiger angesiedelt werden [4]. Ihnen steht es frei, über das Handelsregister

1) dies hält Elschenbroich, KGaA, S.73 allgemein für erstrebenswert.

2) vgl. Art. 174 a, 181 HGB von 1884, als Maßnahme gegen Schwindelunternehmen, vgl. Elschenbroich, KGaA, S.28; Pflug in NJW 71,347; Spalcke, aaO. S.38.

3) Peter, Neuzeitliche Gesellschaftsverträge, S.505.

4) vgl. Ott, Claus, Typenzwang, S.295.

Einblick in die Eigenkapitalbasis der Unternehmen zu nehmen und danach eine eigene Entscheidung über die Aufnahme geschäftlicher Beziehungen zu treffen. Lediglich in den Fällen der Täuschung oder rechtswidriger Manipulation der Kapitalbasis ergibt sich die Frage der Risikoverlagerung. Sie kann mit Hilfe des Instituts der Durchgriffshaftung [1] beantwortet werden.

b. Die Zulassung einer gesellschaftsrechtlichen Verbindung einer KGaA mit einer anderen juristischen Person im Komplementärsbereich bietet als Mischgebilde die Möglichkeit von nicht gläubigerfreundlicher Interferenz der beiden Haftungsobjekte Vermögen der KGaA und Vermögen des Komplementärs. Es ist der Fall denkbar, daß zwei Gesellschafter nach der Gründung einer GmbH mit einem Stammkapital von 100.000 DM diese Gesellschaft dergestalt mit der KGaA verbinden, daß die GmbH Komplementär der KGaA wird, während die Gesellschafter der GmbH im Wege der Sachgründung [2] als Kommanditaktionäre ihre Geschäftsanteile von angenommen je 50.000 DM als Grundkapital in die KGaA einbringen. Das Grundkapital der KGaA wie auch das Stammkapital der beteiligten juristischen Person sind bei derartiger Konstellation identische Vermögensobjekte. Die wirtschaftliche Stärke und Solidität der KGaA hängt von der variablen Bonität der Geschäftsanteile der GmbH ab. Die Haftungsbasis ist für die Gesellschaftsgläubiger ähnlich beschränkt wie im Fall der Einmanngesellschaft. Wo die Grenzen der zulässigen Vereinheitlichung von Haftungsobjekten liegt, kann nicht abstrakt festgelegt werden, sondern ist anhand eines alle Einzelheiten berücksichtigenden, konkreten Einzelfalles zu bestimmen. Im übrigen besteht kein Anlaß, eine an sich zulässige Gestaltungsmöglichkeit im Gesellschaftsrecht zu verwerfen, weil sie im Einzelfall die Möglichkeit gläubigergefährdender Manipulationen bietet [3].

---

1) Drobning, aaO. S.15; Serick, Rechtsform, S.11, Durchgriff bei außergewöhnlichen Fällen; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.301 bei 'schwerwiegender Unterkapitalisierung'; BGH in BGHZ 45,204 = BB 66,474 bei Irreführung des Rechtsverkehrs oder Zweckwidrigkeit; auch BGH in BGHZ 31,258 (Leitsatz 2).

2) §§ 280 Abs.2, 278 Abs.3, 27 AktG; vgl. Baumbach-Hueck, AktG, § 280 Anm.6.

2. Die Einschaltung einer juristischen Person als Komplementär erschwert die Feststellung der letzlich effektiv für die KGaA vertretungsberechtigten natürlichen Person. Sie kann wie auch die bei der Inanspruchnahme der juristischen Person mit ihrer Hafteinlage betroffene physische Person nicht im Handeslregister der KGaA selbst, sondern erst bei der teilnehmenden juristischen Person ermittelt werden. Eine mehrfache Heranziehung des Handelsregisters zur Feststellung dieser Verhältnisse ist aber nicht bereits eine dermaßen gewichtige Beeinträchtigung des allgemeinen Rechtsverkehrs, daß der Grundsatz der Offenlegung handelsregisterrechtlich relevanter Eintragungen ausgehöhlt würde [1].

In den Fällen der Beteiligung juristischer Personen als Komplementär ist die Klarlegung dieser Beteiligung aus Gründen der Firmenwahrheit in der Firma der KGaA angebracht. Um der Allgemeinheit ein eingehendes Erkunden des Handelsregisters zu ersparen, könnte ausdrücklich gesetzlich bestimmt werden, daß bei der Beteiligung juristischer Personen als Komplementär der KGaA die Namen der natürlichen, vertretungsberechtigten Personen im Rahmen des § 80 AktG auf den Geschäftsbriefen der KGaA anzugeben sind. Die Interessen der Öffentlichkeit wären damit in demselben Maße gewahrt wie bei den anderen Gesellschaftskonstellationen des Handelsrechts auch [2].

3. Die Satzung der KGaA sollte für den Fall der Aufnahme juristischer Personen im Interesse allgemeiner wirtschaftlicher Funktionsfähigkeit den Eigenheiten eines solchen Komplementärs Rechnung tragen.

---

3) vgl. Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.288 hinsichtlich gesetzlicher Regelungen.

1) vgl. OLG Hamburg in GmbHR 69,137 = NJW 69,1032/1033.

2) Eine derartige Ausdehnung des § 80 AktG würde seinem Zweck entsprechen, jeden, der in Geschäftsbeziehungen mit der Gesellschaft tritt, über die leitenden Persönlichkeiten zu informieren, vgl. Mertens in Kölner Kommentar, § 80 Anm.3.

a. Das rechtliche Schicksal von natürlichen und juristischen Personen ist nicht gleich. Lediglich die Auflösung einer juristischen Person, die zur Liquidation führt, kann nach § 289 Abs.1 AktG, 131 Nr.4 HGB dem Tod einer natürlichen Person gleichgestellt werden [1], so daß in diesem Fall auch die KGaA ihr Ende finden würde [2]. Die Liquidation ist nicht die einzige Beendigungsart einer juristischen Person. Für die Fälle der Umwandlung [3], Verschmelzung [4] oder Ähnlichem [5] sollte die Satzung der KGaA dergestalt Vorsorge treffen, daß der Rechtsnachfolger an die Stelle der aufgelösten juristischen Person tritt. Es kann aus vielerlei Gründen sinnvoll erscheinen, der Beteiligungsgesellschaft eine andere Form oder einen anderen Umfang zu geben. Bei Aufnahme einer entsprechenden Satzungsbestimmung bedarf es in derartigen Fällen nicht des umständlichen Tätigwerdens aller Willensbildungsorgane der KGaA.

b. Besonderheiten aus der Beteiligung einer juristischen Person als persönlich haftender Gesellschafter der KGaA können im Bereich der Gewinn- und Verlustverteilung unter den Komple-

---

1) vgl. Nitschke, Personengesellschaft, S.49 mit weiteren Hinweisen auf die herrschende Lehre.

2) Das sollte aber üblicherweise statutarisch abbedungen sein.

3) Entweder formwechselnde Umwandlung (§ 362 AktG): lediglich Änderung der Form unter Beibehaltung der Identität; oder übertragende Umwandlung i.S. des Umwandlungsgesetzes vom 6.Nov.1969: die Kapitalgesellschaft wird aufgelöst und das Vermögen auf ein anderes Rechtssubjekt übertragen, vgl. Baumbach-Hueck, AktG, Vorb. zu § 362 Anm.2 u. 3; Immenga, aaO. S.252; vordem war eine Umwandlung einer KGaA in eine AG nicht im Wege der Satzungsänderung möglich, vgl. RG in RGZ 129,260(265).

4) Vereinigung mehrerer Kapitalgesellschaften ohne Abwicklung zu einer Gesellschaft (Fusion), vgl. Baumbach-Hueck, AktG, Vorb. zu § 339 Anm.1.

5) z.B. Vermögensübertragung i.S. der §§ 359 ff AktG, die keine echte Verschmelzung darstellt, vgl. Gessler, AktG, § 359 Anm.1.

mentären auftreten. Das für die KGaA maßgebliche Recht der KG läßt die Frage der Gewinn- und Verlustverteilung praktisch offen [1]. Daher sollte jede KGaA-Satzung eine ausdrückliche Regelung dieser Frage enthalten. Die Verteilung des Gewinns zwischen KGaA und der juristischen Person als Komplementär verlangt keine besondere Regelung [2], da beide Gesellschaften der gleichen steuerlichen Belastung ausgesetzt sind.

Auf Grund des möglichen Kapitalgefälles zwischen KGaA und juristischer Person [3] kann es sinnvoll erscheinen, die kapitalschwächere juristische Person von der Verlusttragung auszunehmen. Gewinn und Verlust können verschieden verteilt werden [4]. Durch eine unterschiedliche Regelung wird bei größeren Verlusten der KGaA eine Überschuldung der juristischen Person verhindert, so daß diese nicht ein Konkursverfahren [5] einzuleiten hätte, das ohne satzungsmäßigen Ausschluß entsprechend der gesetzestypischen Ausgestaltung der KGaA [6] auch die Auflösung der KGaA zur Folge hätte. Ein Konkursverfahren des Komplementärs ist abgesehen von den rechtlichen Konsequenzen für die KGaA ihrem wirtschaftlichen Ansehen, das für eine erfolgreiche Unternehmung von eminenter Bedeutung ist, nicht zuträglich. Eine kapitalschwache juristische Person sollte daher nicht mit den Verlusten der KGaA belastet werden.

---

1) so Möhle, Personengesellschaft, S.284/285, Ngr.1; vgl. § 168 Abs.2 HGB, der entgegen der Verteilung nach Köpfen bei OHG (§ 121 HGB) für die KG eine Restverteilung nach einem den Umständen entsprechenden, angemessenen Verhältnis bestimmt, vgl. zum Unterschied Hesselmann, GmbH & Co., S.122.

2) Üblicherweise erhält der Komplementär vom körperschaftlichen Gewinn zunächst eine prozentuale Gewinnbeteiligung als 'Voraus'; vom verbliebenen Teil wird eine Dividende für die Aktionäre bis zu einem bestimmten Prozentsatz festgesetzt, über die Verwendung des Restbetrages beschließt die Hauptversammlung; vgl. auch Godin-Wilhelmi, AktG, § 281 Anm.4.

3) vor allem bei Beteiligung einer GmbH mit dem gesetzlichen Mindestkapital von 20.000 DM, § 5 Abs.1 GmbHG.

4) vgl. Möhle, Personengesellschaft, S.286, Ngr.5.

5) vgl. §§ 207, 209, 213 KO, entscheidend sind die wirklichen Aktiv- und Passivwerte, vgl. Böhle-Stamschräder, KO, § 207 Anm.2.

6) §§ 289 Abs.1 AktG, 161 Abs.2, 131 Nr.5 HGB.

c. Die Satzung der KGaA sollte eine Regelung des Selbstkontrahierens im Sinne von § 181 BGB vorsehen. In welchem Umfang eine Gestattung des Selbstkontrahierens eingeräumt wird, richtet sich letztlich nach den spezifischen tatsächlichen Gegebenheiten und der Vertrauensbasis unter den Gesellschaftern. Auf jeden Fall sollte § 181 BGB aber für die Rechtsgeschäfte abbedungen sein, die zwischen der KGaA und der als Komplementär agierenden juristischen Person abgeschlossen werden. Das ermöglicht der Mischform einen sinnvollen Handlungsraum und weist die Wirksamkeit gegenseitiger Rechtsgeschäfte nicht in den umständlichen innergesellschaftlichen Beschlußbereich. Ob darüber hinaus den Geschäftsführern der juristischen Person für den Fall eigener vertraglicher Beziehungen zur KGaA besondere Vertretungsmacht eingeräumt werden soll, läßt sich nur im Einzelfall entscheiden. Normalerweise wird eine derart weitgehende Gestattung des Selbstkontrahierens nicht im Interesse der Kommanditaktionäre liegen. Sie könnte zu einer eigenen Gehaltsfestsetzung führen. Die Bewilligung eines Kredits ist allerdings bereits nach dem Gesetz ausdrücklich von der wohlwollenden Mitwirkung des Aufsichtsrats abhängig [1].

Eine gewollte Gestattung des Selbstkontrahierens ist in jedem Fall in der Satzung der KGaA selbst, nicht etwa der beteiligten juristischen Person zu verankern [2].

Es hat sich gezeigt, daß die juristische Person als Komplementär der KGaA keine allgemeinen Interessen beeinträchtigt. Die funktionsfähige Einheit der KGaA wird trotz gewisser Veränderungen in der normtypischen Struktur mit einem so gearteten Komplementär bei kleineren statutarischen Anpassungen nicht in Frage gestellt. Wenn der Gesetzgeber die Frage der Gestalt des Komplementärs der KGaA einer ausdrücklichen Regelung unterwirft, sollte er daher juristische Personen als Komplementär zulassen.

---

1) vgl. §§ 283 Nr.5, 89 AktG; vgl. auch Baumbach-Hueck, AktG, § 283 Anm.3.

2) vgl. für GmbH & Co., BGH in NJW 72,623(623) die Erlaubnis des Selbstkontrahierens kann nur die KG aussprechen.

III. Einfluß auf das Schicksal der KGaA

Wird nun die KGaA mit einer juristischen Person als Komplementär einer neuen Blütezeit entgegengehen? Die Antwort hängt von der Attraktivität der KGaA und der von ihr angesprochenen Unternehmenssituation ab.

Die Motive bei der Wahl einer Gesellschaftsform sind vielschichtig. Nicht immer sind es die grundsätzlichen Faktoren Kapital, Arbeit, Leitung und Öffentlichkeit [1], die bei der Entscheidung für die eine oder andere Form maßgebend sind. Einzelne Rechtsfolgen erscheinen den Gesellschaftsgründern manchmal so erstrebenswert, daß sie bei der Wahl der Gesellschaftsform den Ausschlag geben. Die Gefahr einer verfehlten rechtlichen Konstruktion, die den unternehmerischen Erfolg der Gesellschaft mindert, wiegt derartige Zweckschöpfungen allerdings nicht auf, vor allem wenn es allein steuerliche Aspekte sind, denen maßgeblicher Einfluß auf die Form der wirtschaftlichen Betätigung eingeräumt wird [2]. Abgesehen von solchen, allgemein nicht nachzuvollziehenden Einzelerwägungen sind es bestimmte Motivationskonstellationen, die bei der Wahl einer Gesellschaftsform immer wieder auftauchen.

1. Für die Wahl der KGaA ist überwiegend ausschlaggebend die dieser Gesellschaftsform eigene Machtverteilung und Willensbildung [3]. Gegenüber der AG zeichnet sich die KGaA durch eine größere Elastizität aus [4], während sie gegenüber der GmbH und den Personengesellschaften des HGB die Möglichkeit einer breiteren Kapitalbasis bietet. Die für die KGaA

---

1) vgl. Elschenbroich, KGaA, S.42.

2) so auch Buchwald-Tiefenbacher, Die zweckmäßige Gesellschaftsform, S.103; Hesselmann, GmbH & Co., S.72; Winkler in NJW 69,1935.

3) vgl. Ott, Jürgen, aaO. S.43 und 168.

4) a.A. Spalcke, aaO. S.2, der allgemein die Elastizität der KGaA gering einschätzt.

typische Verbindung von persönlich souveräner Unternehmensleitung und beschränkter sachlicher Einflußnahme der Kapitalgeber erfaßt ein breites Spektrum wirtschaftlicher Gestaltungen. Die KGaA ermöglicht eine Unternehmensleitung trotz kapitalmäßiger Unterbeteiligung. Durch statutarische Modifikationen dieser Ausgangslage kann ein noch breiterer Anwendungsbereich für diese Gesellschaftsform geschaffen werden, da sie ähnlich wie die Personengesellschaften die Möglichkeit einer weitgehenden inneren Anpassung an die individuellen Verhältnisse gestattet, ohne daß auf eine massive und fungible Kapitalausstattung verzichtet werden muß.

Neben diesem Vorteil struktureller Elastizität ist die KGaA auch steuerlich günstiger gestellt als andere Kapitalgesellschaften [1]. In der Gestalt des natürlichen, persönlich haftenden Gesellschafters nimmt die KGaA steuerlich eine Stellung zwischen Kapital- und Personengesellschaft ein [2]. Der unternehmerische Gewinn des natürlichen Komplementärs unterliegt lediglich der Einkommensteuerpflicht [3]. Der üblicherweise bei Kapitalgesellschaften bestehende Doppelbesteuerungseffekt [4], der durch die Belastung der Gewinne der Gesellschaft mit der Körperschaftssteuer und der nochmaligen steuerlichen Erfassung bei der Ausschüttung der Gewinne an die Gesellschafter bewirkt wird [5], kommt bei der steuerlichen Erfassung des Komplementärs in Fortfall. Der Gewinn

---

1) vgl. Bühler, Steuerrecht, S.159; Hundertmark in BB 68, 1285; Peter, aaO. S.277; Zartmann in BB 51,736.

2) Personengesellschaften unterliegen regelmäßig einer geringeren Steuerbelastung als Kapitalgesellschaften, vgl. Winkler in NJW 69,1938; Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.339.

3) Einkünfte aus Gewerbebetrieb, vgl. Hundertmark in BB 68,1285; Ott, Jürgen, aaO. S.34.

4) Westermann, H.P., Vertragsfreiheit, S.338 bezeichnet ihn wegen fehlender Steuerschuldneridentität zu Recht als "wirtschaftliche" Doppelbesteuerung.

5) vgl. Immenga, aaO. S.19; Hundertmark in BB 68,1285; Elschenbroich, KGaA, S.168; Peter, aaO. S.277; Vallenthin, Das Aktienwesen, S.82; Winkler in NJW 69,1937.

des Komplementärs wird steuerlich lediglich wie der der Mitunternehmer der Handelsgesellschaften des HGB behandelt [1].

Nicht selten spielt auch die Frage der Mitbestimmung eine entscheidende Rolle bei der Wahl der Gesellschaftsform. Aus unternehmerischer Sicht bietet die KGaA auch in diesem Sektor Vorteile. Das Mitbestimmungsgesetz gilt nicht für die KGaA [2]. Die Beteiligung eines gewählten, abberufbaren Arbeitsdirektors an der Geschäftsführung der KGaA würde auch zu Diskrepanzen mit der Stellung des Komplementärs führen [3].

2. Die Gründe für die geringe Verbreitung der KGaA liegen nicht nur in der auf mangelnder Kenntnis basierenden Annahme vermeintlicher rechtlicher Schwierigkeiten der KGaA oder in einer extremen Publizitätsscheu der Gesellschafter [4]. Entscheidend ist die Schwierigkeit für die KGaA, eine den wirtschaftlichen und unternehmerischen Anforderungen genügende Persönlichkeit für die Stellung des Komplementärs zu gewinnen und gleichzeitig das Ansehen der Gesellschaft nicht allein auf diese Person zu gründen, um nicht mit dem Ausscheiden seiner Person aus der Gesellschaft einer mühsam aufgebauten Kreditwürdigkeit verlustig zu gehen [5]. Um der Geschäftsführung eine große Linie im Sinne einer dauerhaften

---

1) dort gilt allerdings im Gegensatz zur KGaA die Bilanzbündeltheorie; vgl. Ott, Jürgen, S.87.

2) vgl. § 1 Abs.2 des Mitbestimmungsgesetzes bei Fitting-Auffahrt-Kaiser, BetrVG, S.949/950, auch Hueck, GesellR, S.238; Joens S.65; Lehmann, GesellR, 2.Aufl., S.329; vgl. auch Halberstadt-Zander, BetrVG, S.9, Rnd.21, die allein für AG, GmbH und bergrechtliche Gewerkschaft einen Arbeitsdirektor verlangen.

3) daher meint Joens, aaO. S.66/67, ein Arbeitsdirektor sei in der KGaA unzulässig, a.A. Elschenbroich, KGaA, S.148, der, käme KGaA im Montanbereich vor, einen Arbeitsdirektor für notwendig hält.

4) vgl. dazu Elschenbroich, aaO. S.187 und 189; hinsichtlich der Publizitätspflicht gilt das Aktienrecht uneingeschränkt.

5) typische Schwäche einer Personengesellschaft; vgl. Buchwald-Tiefenbacher, aaO. S.129.

Unternehmensleitung zu geben, muß eine frühzeitige Auswahl und Bestimmung eines Nachfolgers in der Unternehmensleitung vorgenommen werden. Er wird sich als natürliche Einzelperson angesichts des immer stärker werdenden Wunsches nach Haftungsbeschränkung [1] schwerlich finden lassen. Dieser Trend geht hin bis zur offenen Forderung an den Gesetzgeber, eine Personengesellschaft ohne unbeschränkt haftenden Gesellschafter gesetzlich zuzulassen [2]. Sollte dieser Forderung des modernen Schrifttums entsprochen werden, so würde dies zu einer weiteren Einschränkung des tatsächlichen Vorkommens der KGaA führen können.

3. Dem Aushöhlen des Anwendungsbereichs der KGaA durch Verbreiterung der Strukturbasen anderer Gesellschaftsformen widersetzt sich die Zulassung einer juristischen Person als Komplementär der KGaA. Nicht selten wird sich eine juristische Person zur Überwindung des Problems der betrieblichen Nachfolge in der Geschäftsleitung der KGaA als Lösung anbieten. Grundüberlegung für die Ausgestaltung einer solchen KGaA muß es sein, ob eine Personenidentität zwischen KGaA und juristischer Person gewahrt bleiben oder auch die Beteiligung anderer Personen zugelassen werden soll.

Besonders bei den häufig in der Form der KGaA auftauchenden Familiengesellschaften [3] kann die juristische Person ein Auseinanderbrechen der Gesellschaft verhindern. Als Nachfolger des Komplementärs wird bei ihnen häufig allein einer seiner Abkömmlinge in Betracht kommen. Dessen grundsätzliche

---

1) Elschenbroich, KGaA, S.189.

2) zur "HGaE' und 'KGmbH' vgl. Barz in NJW 72,465; Westermann, H.P., in ZRP 72,98; Wetter in BB 1968, S.735.

3) Besonderheiten sind das Ziel der Erhaltung als Familienunternehmen (kein Eindringen Dritter) und die soziale Struktur, vgl. dazu Spalcke, aaO. S.91; Elschenbroich, KGaA, S.204, hält die KGaA im Gegensatz zu Spalcke, aaO. S.93 für Familiengesellschaften besonders geeignet.

Bereitschaft zur Mitarbeit in der Gesellschaft wird daran scheitern können, daß er nicht gewillt ist, mit der persönlichen Haftung ein unüberschaubares Risiko zu übernehmen. Ihm könnte zum Beispiel über den Vorstand einer von ihm geleiteten AG, deren Aktienkapital sich weitgehend in seinem Besitz befindet, die Geschäftsführung der KGaA übertragen werden. Die einem Familienstamm angehörenden Gesellschafter der KGaA werden sich einer solchen Gestaltung nicht entgegenstellen, da sie Interesse an einer ihren Vorstellungen entsprechenden Unternehmensführung haben, die weitgehend unabhängig ist von der ungewissen, zukünftigen personellen Zusammensetzung des Aktionärsverbandes der KGaA. In diesen Bereich können auf Grund der Erbfolge Aktionäre eindringen, die nicht mehr dem Familienstamm angehören. Unterschiedliche Auffassungen über die Unternehmensführung könnten zu einer innergesellschaftlichen Eskalation führen, die die Durchführung der von der Unternehmensleitung als notwendig erkannten Maßnahmen wenn auch nicht blockieren, so aber erschweren könnten. Ein etwaiges vom bisherigen Komplementär gehaltenes Aktienpaket, das auf den Nachfolger übertragen werden könnte, wird üblicherweise nicht groß genug sein, daß es dem Nachfolger die Möglichkeit geben würde, die gegen die Geschäftsleitung gerichteten Einflüsse in der Hauptversammlung auf Dauer abzuwehren. Daher wäre auch eine Umwandlung in eine AG nicht empfehlenswert. Die Umwandlung in eine GmbH wird vielfach aus wirtschaftlichen Gründen ausscheiden. Die Größe einer Unternehmung und ihr Kapitalbedarf gestatten oft nicht die Unternehmensform der GmbH. In einem solchen Fall bildet die Zulassung einer juristischen Person als Komplementär der KGaA einen durch legitime Interessen gerechtfertigten Lösungsweg.

Die Nachfolgeregelung in Verbindung mit der wirtschaftlichen Risikoeindämmung durch eine juristische Person kann der KGaA zu einer personenunabhängigen, der AG ähnlichen praktischen Unsterblichkeit [1] verhelfen. Damit ist auch für die

---

1) so für AG Großfeld, Aktiengesellschaft, S.86; Teichmann, Gestaltungsfreiheit, S.70.

KGaA im Sinne des wohlverstandenen Interesses der Gesamtwirtschaft ein kontinuierliches Wachstum über einen längeren Zeitraum gesichert, als er naturgemäß einer physischen Person zur Verfügung steht.

Daraus wird sich keine neue Blütezeit der Unternehmensform der KGaA entwickeln. Unkenntnis und Vorurteile gegenüber dieser Gesellschaftsform sind zu verbreitet, als daß eine Verringerung ihrer Strukturprobleme besondere Aufmerksamkeit wachrufen wird. Die Zulassung einer juristischen Person als Komplementär der KGaA schafft dieser Gesellschaftsform allerdings einen größeren, zeitgemäßeren Rahmen für die Auswahl der in ihr tätigen Personen. Damit kann eine Phase der Konsolidierung dieser Gesellschaftsform, die, beseitigt von überflüssigem historischen Ballast, sich anschickt, in Harmonie zu ihrer wirtschaftlichen Bedeutung den Weg zu einer modernen Unternehmensform einzuschlagen, eingeleitet werden.

Lebenslauf

Am 13.Oktober 1942 wurde ich als Sohn des Rechtsanwalts Hermann Niederlag und seiner Ehefrau Grete-Marie geb. Morisse in Bielefeld geboren. Nach jeweils zweijährigem Besuch der Bürgerschule in Detmold und der Gutenbergschule in Bielefeld wurde ich 1953 in das Ratsgymnasium in Bielefeld aufgenommen, an dem ich auch die Reifeprüfung ablegte.

Im Sommersemester 1964 begann ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Philipps-Universität in Marburg. Nach vier Semestern wechselte ich zur Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster und meldete mich am 10.Juli 1968 zur ersten juristischen Staatsprüfung beim Justizprüfungsamt am Oberlandesgericht in Hamm.

Nach Ablegung des Examens am 23.November 1968 wurde ich am 2.Januar 1969 unter Ernennung zum Referendar in den Vorbereitungsdienst für den höheren Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen im Bezirk des Oberlandesgerichts Hamm aufgenommen. Vom 27.September bis 5.Oktober 1969 nahm ich auf Einladung des Justizministers des Landes NRW an der 175. Referendartagung in Paris teil. Die zweite juristische Staatsprüfung legte ich am 6. Juni 1972 vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldort ab.

Im Mai 1972 bewilligte mir die Zentrale Kommission für Graduiertenförderung der Westfälischen Wilhelms-Universität ein Stipendium zur Anfertigung einer Dissertation.

Seit dem 1.Januar 1973 bin ich in der Rechtsabteilung der Westdeutschen Landesbank Girozentrale Münster / Düsseldorf tätig.